

Juristische Probleme bei der Durchführung des Getrenntlebens

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft
der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Ingeborg M. Rasch

Berlin 1983





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546605_0039

Juristische Probleme bei der Durchführung
des Getrenntlebens

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Ingeborg M. Rasch

Berlin 1983

Erstgutachter: Prof.Dr. K. Adomeit

Zweitgutachter: Prof.Dr. J. Limbach

Tag der mündl. Prüfung: 15. Dez. 1983

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
EINLEITUNG	1
TEIL I: DIE ROLLE DES GETRENNTLEBENS IM SCHEIDUNGSRECHT	7
1. RÜCKBLICK: DAS GETRENNTLEBEN IN DER GESCHICHTE DES SCHEIDUNGSRECHTS	7
1.1 Getrenntleben als Scheidungsersatz: die Trennung von Tisch und Bett (separatio quoad thorum et mensam) im kanonischen Recht	9
1.2 Getrenntleben als Versöhnungsmaßregel im protestantischen Ehe- und Scheidungsrecht	11
1.3 Getrenntleben als Wartefrist im Rahmen von Zerrüttungstatbeständen	13
2. BEDEUTUNG UND FUNKTIONEN DES GETRENNTLEBENS IM GELTENDEN SCHEIDUNGSRECHT	18
2.1 Getrenntleben als formaler Indikator für das Scheitern der Ehe	19
2.2 Getrenntleben als Wartefrist	21
2.3 Getrenntleben als Zeit der Umstellung	26
3. EXKURS: DIE ROLLE DES GETRENNTLEBENS IN DER PRAXIS	27
4. ZUSAMMENFASSUNG VON TEIL I	33
TEIL II: RECHTLICHE PROBLEME BEI DER DURCHFÜHRUNG DES GETRENNTLEBENS	35
1. DIE DEFINITION DES GETRENNTLEBENS	36
1.1 Getrenntleben außerhalb der ehelichen Wohnung	38
1.1.1 Erste Voraussetzung: Keine häusliche Gemeinschaft	38
1.1.2 Zweite Voraussetzung: Der Wille zur Trennung	40

1.1.3 Dritte Voraussetzung: Die Ablehnung der ehelichen Lebensgemeinschaft	41
1.2 Getrenntleben innerhalb der Ehewohnung	45
2. DAS RECHT ZUM GETRENNTLEBEN	52
2.1 Erste Alternative des § 1353 Abs 2 BGB	58
2.2 Zweite Alternative des § 1353 Abs. 2 BGB	62
2.3 Die Vereinbarung eines Rechts zum Getrenntleben	66
2.4 Die Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben	68
3. DIE REGELUNG ÜBER DIE BENUTZUNG DER EHEWOHNUNG ZUM ZWECK DES GETRENNTLEBENS	71
3.1 Quae sit actio?	71
3.2 Die Regelung der Wohnverhältnisse zum Zweck des Getrenntlebens analog § 1361 a BGB	85
3.2.1 Teilung der Ehewohnung	86
3.2.2 Zuweisung der gesamten Ehewohnung	86
3.3 Reformbestrebungen	91
3.3.1 Die Voraussetzungen für eine Regelung über die Benutzung der Ehewohnung	93
3.3.2 Ausgleich für den Verlust der Ehewohnung	95
3.3.3 Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung	95
3.3.4 § 1361 a Abs. 4 BGB im Entwurf	97
4. DER STREIT UM DAS KIND	98
4.1 Die Rechtslage	98
4.2 Die Entscheidung des Familiengerichts nach § 1628 BGB	115
ZUSAMMENFASSUNG	118
LITERATURVERZEICHNIS	I

EINLEITUNG

Seit der Eherechtsreform des Jahres 1977 hat die Zahl getrennt lebender Eheleute und die Dauer des Getrenntlebens beträchtlich zugenommen. Lebten in den Jahren vor dem Inkrafttreten des 1. EheRG¹ allenfalls 10 bis 20 Prozent der Ehepaare bei der Scheidung ein Jahr und länger getrennt², so sind es heute rund 90 Prozent³. Der Grund hierfür liegt auf der Hand. Die Ehescheidung ist im Rahmen des geltenden Zerrüttungsprinzips regelmäßig vom Ablauf bestimmter Trennungsfristen abhängig (§§ 1565 Abs. 1 i.V. Abs. 2, 1566 Abs. 1 und Abs. 2, 1568 BGB). Nur in den Ausnahmefällen des § 1565 Abs. 2 BGB kann eine Ehe ohne Getrenntleben oder vor Ablauf des ersten Trennungsjahres geschieden werden. Damit besitzt das Getrenntleben den Charakter eines Vorstadiums der Scheidung, welches die Eheleute grundsätzlich durchleben müssen, bevor sie einen begründeten Scheidungsantrag stellen können.

Der Bedeutungszuwachs des Getrenntlebens hat dazu geführt, daß sich zahlreiche Veröffentlichungen und eine Fülle von Gerichtsentscheidungen mit den rechtlichen Problemen der Trennung be-

-
- 1) 1. EheRG v. 14. Juni 1976, BGBI. I, 1421 in Kraft getreten am 1. Juli 1977.
 - 2) Waller-Döhner/Kulms/Höh, S. 88; "Familiengerichtbarkeit in Hessen", Gutachten des AG Kassel für den Hessischen Justizminister, 1977, zitiert nach Holzhauer, JZ 77, 732, Anm. 44.
 - 3) Statistisches Jahrbuch 1983, S. 78; Caesar-Wolf/Zahlmann-Willenbacher/Voegeli/Eidmann, S. 96.



fassen¹. Auch die vorliegende Arbeit läßt sich diesem Themenkreis zuordnen. Doch im Unterschied zu den meisten Publikationen, deren Aufmerksamkeit vor allem den Rechtsfolgen einer bereits vollzogenen Trennung gilt², handelt sie von den juristischen Problemen, die sich bei der Planung und Durchführung des Getrenntlebens ergeben. Es geht um Fragen, die dem Anwalt in einer Trennungs- und Scheidungsberatung häufig gestellt werden: Was genau heißt Getrenntleben? Habe ich ein Recht, mich zu trennen? Gibt es eine Möglichkeit, die Ehewohnung zu behalten und den Ehepartner gerichtlich zum Auszug zu zwingen? Soll ich die Kinder beim Verlassen der Wohnung auch gegen den Widerspruch meines Ehepartners mitnehmen oder kann ich bereits jetzt das alleinige Sorgerecht für sie erhalten?

So einfach diese Fragen klingen, die dahinter stehende rechtliche Problematik ist komplex und in vielen Punkten ungeklärt. Denn bei der Durchsicht der Normen, die Regelungen zum Getrenntleben enthalten, zeigt sich, daß das bürgerliche Recht unter dem Aspekt "Durchführung des Getrenntlebens" wenig hergibt. Teils sind die einschlägigen Vorschriften unklar formuliert (z.B. § 1567 BGB),

-
- 1) Das Schrifttum ist kaum zu überblicken, vor allem im Unterhaltsrecht. Kurze Zusammenfassungen zum Thema Getrenntleben finden sich bei Beitzke, S. 83 ff.; Schwab, Familienrecht, Rz. 290 ff.; Kissel, Bd. 1, S. 76 ff. (jeweils m.w.N.).
 - 2) Vgl. z.B. die bei Beitzke, S. 83 ff. und Schwab, Familienrecht, Rz. 290 ff. angegebene Literatur und Rechtsprechung.

teils werden nur Rechte und Pflichten von bereits getrennt lebenden Ehegatten festgelegt (z.B. § 1672 BGB). Ein so grundlegendes Problem wie die Zuweisung oder Aufteilung der Ehewohnung zum Zweck des Getrenntlebens kann erst im Rahmen des Scheidungsverfahrens gelöst werden (§ 1 HausrVO, § 620 Abs. 1 Nr. 7 ZPO) - zu einem Zeitpunkt also, in dem die Eheleute ihre häusliche und eheliche Gemeinschaft in der Regel längst aufgegeben haben müssen.

Um zu verhindern, daß die wenig präzise und bruchstückhafte Regelung das Getrenntleben zu einer "sozial gestuften Scheidungsbarriere"¹ für diejenigen Ehegatten werden läßt, denen die Durchführung der Trennung aus eigener Kraft schwerfällt, hat ein Teil der Rechtsprechung in zwei Punkten korrigierend eingegriffen. Nach der Auffassung mancher Gerichte unterliegt das Getrenntleben innerhalb der Ehewohnung (§ 1567 Abs. 1 S. 2 BGB) nicht mehr wie früher ausgesprochen strengen Anforderungen, sondern das Maß der notwendigen Abgrenzung zwischen den Eheleuten ist deutlich verringert². Und zahlreiche Gerichte weisen einem Ehegatten analog § 1361 a BGB die Ehewohnung zum Zweck des Getrenntlebens zu, wenn das Verhältnis der Ehegatten zueinander unter tiefgreifenden Zerwürfnissen leidet und schwere Auseinandersetzungen zwischen ihnen stattfinden³.

Dieser Versuch, mit Mitteln der Auslegung und der

1) Schwab, FamRZ 79, 16.

2) Nachweise s. S. 51 Anm. 1, S. 47 Anm. 4 und

3) Nachweise s. S. 75 Anm. 1.

Analogie die Regelung des Getrenntlebens in zwei Bereichen seinem veränderten Stellenwert als Scheidungsvoraussetzung anzupassen, ist jedoch bei anderen Gerichten auf heftigen Widerspruch gestoßen. Ihnen zufolge rechtfertigt nur eine Trennung unter Schwierigkeiten die unwiderlegbare Vermutung, daß eine Ehe nach dreijährigem Getrenntleben gescheitert ist (§ 1566 Abs. 2 BGB)¹. Die Konsequenz, daß in nicht wenigen Fällen eine Scheidung unmöglich wird, sei "der rechtspolitische Preis dafür, daß das auch auf innerseelische und innereheliche Vorgänge abgestellte alte Schuldprinzip durch das nunmehr auf äußere greifbare Umstände abstellende Zerrüttungsprinzip mit entsprechender Fristenautomatik abgelöst worden ist"².

Im Kern beruht diese Kontroverse in der Rechtsprechung auf einer gegensätzlichen Einschätzung und Bewertung des Getrenntlebens. Der damit verbundenen grundsätzlichen Problematik gilt daher das besondere Interesse der vorliegenden Arbeit. Es soll geklärt werden, welche Aufgaben dem Getrenntleben im geltenden Scheidungsrecht zufallen und welche Rolle das Recht dementsprechend bei der Durchführung des Getrenntlebens übernehmen muß. In anderen Worten: Es wird der Frage nachgegangen, unter welchen rechtlichen Bedingungen sich die Trennung der Eheleute vollziehen sollte, damit die rechtliche Regelung des Getrenntlebens mit dessen Funktion im materiellen Scheidungsrecht harmonisiert.

1) OLG Köln, FamRZ 80, 275 (277).

2) OLG Frankfurt, FamRZ 78, 595 (596).

Dieser Fragestellung entspricht der Aufbau der Arbeit. Teil I befaßt sich mit der Rolle des Getrenntlebens im materiellen Scheidungsrecht. Dabei zeigt die Analyse der §§ 1565 ff. BGB, daß das Getrenntleben nicht nur als objektives Zeichen ehelicher Zerrüttung fungiert, sondern den Eheleuten auch eine letzte Chance der Aussöhnung gibt. Gerichtliche Praxis und eigene anwaltliche Erfahrung bestätigen dies. Die Hilfe des Richters bei der Durchführung des Getrenntlebens wirkt daher tendenziell auch eheerhaltend und verbietet sich nicht von vornherein. Vielmehr muß hier ein Kompromiß gefunden werden, der einerseits vermeidet, daß das Getrenntleben als Scheidungsvoraussetzung vor allem die sozial Schwächeren benachteiligt, und andererseits ausschließt, daß der Richter dem endgültigen Scheitern der Ehe Vorschub leistet. Dieser Aufgabe stellt sich Teil II der Arbeit. Hier werden die einzelnen rechtlichen Probleme, die bei der Durchführung des Getrenntlebens auftauchen, dargestellt, sowie die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten diskutiert.

Ein letzter wichtiger Punkt sei noch erwähnt. Wie es scheint, will der Gesetzgeber nunmehr die Durchführung des Getrenntlebens in einem wichtigen Punkt ausdrücklich regeln. Das Bundesjustizministerium hat den Entwurf eines 2. EheRG¹ erarbeitet, der nicht nur Änderungen zum Recht der Eheschließung und des Verlöbnisses enthält, sondern auch eine Regelung über die Benutzung der Ehwohnung zum Zweck des Getrenntlebens vor-

1) Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 29. Januar 1982.

schlägt. Die Pläne für die Neufassung des § 1361 a BGB sind im 3. Kapitel der nachfolgenden Untersuchung unter 3.3, S. 91 ff. behandelt. Derzeit ist allerdings noch fraglich, ob und wann dieser Entwurf eines 2. EheRG ins Parlament eingebracht wird.

Zum Schluß möchte ich nicht versäumen, meinen akademischen Lehrern, Herrn Prof. Dr. Adomeit und Frau Prof. Dr. Limbach für ihre Betreuung zu danken. Außerdem geht mein Dank an meine Kolleginnen, Frau Rechtsanwältin Kempfler-Scholing und Frau Rechtsanwältin Stahlke, die mir Einblick in ihre Akten gewährten, sowie an Frau Galke, die das Manuskript sorgfältig und rasch herstellte.

TEIL I

DER HINTERGRUND: DIE ROLLE DES GETRENNTLEBENS IM SCHEIDUNGSRECHT

Um klären zu können, ob die rechtliche Ausgestaltung des Getrenntlebens mit dessen Rolle im materiellen Scheidungsrecht harmonisiert, sind zunächst Bedeutung und Funktion des Getrenntlebens im geltenden Scheidungsrecht genau zu bestimmen. Der Gang der Untersuchung wird folgender sein: Kapitel 1 enthält einen kurzen historischen Rückblick, der zeigt, wie unterschiedlich die Bedeutung des Getrenntlebens im Lauf der Geschichte war und wo die Entwicklungslinie zum gegenwärtigen Recht verläuft. In Kapitel 2 wird der Stellenwert des Getrenntlebens im geltenden Recht behandelt. Besonderes Augenmerk gilt dabei den verschiedenen Zielen, die der Gesetzgeber mit dem Einbau von Trennungsfristen ins geltende Recht verfolgt. Ein Exkurs in die Soziologie der Trennung rundet das Bild von der gegenwärtigen Bedeutung des Getrenntlebens im Scheidungsrecht ab (Kapitel 3).

1. RÜCKBLICK: DAS GETRENNTLEBEN IN DER GESCHICHTE DES DEUTSCHEN SCHEIDUNGSRECHTS

Ein Ehegatte, der aus der gemeinsamen Ehwohnung auszieht, ohne hierzu durch äußere Umstände veranlaßt zu sein, kündigt damit in der Regel die eingegangene Lebensgemeinschaft auf. Gleiches gilt, wenn Eheleute, die sich einander entfremdet haben, einverständlich auseinandergehen. Die Trennung ist das äußere Zeichen für die Krise der

ehelichen Beziehung; sie markiert den - möglicherweise endgültigen - Zerfall der ehelichen Lebensgemeinschaft.

Das Ehe- und Scheidungsrecht in Deutschland hat im Lauf seiner Entwicklung sehr unterschiedlich auf dieses Nebeneinander von Ehe und formloser Auflösung der ehelichen Gemeinschaft reagiert.

In erster Linie wurde die Trennung als Verstoß gegen die Verpflichtung zu ehelicher Lebensgemeinschaft bekämpft. Das versuchte man zunächst mit recht drastischen Mitteln. So hieß es zum Beispiel in der Eheordnung des Kurfürsten Johann Georg I zu Sachsen von 1624:

"Würden auch zwey Eheleute sich selbst voneinander sondern, ungeachtet daß sie gleich nicht außerhalb Landes gewichen, und wollten sich beyderseits nicht wieder versöhnen lassen, So sollen sie beyde oder das Teil so unversöhnlich, mit Gefängnis solange gestraffet werden bis sie einander, wie sichs gebühret, ehelich beywohnen."¹

Solche Zwangsmaßnahmen wurden zwar unter dem Einfluß der Aufklärung aus dem Eherecht verbannt. Solange aber die Scheidung noch dem Schuldprinzip unterlag und nur wegen einer schuldhaften Eheverfehlung des beklagten Ehegatten ausgesprochen werden durfte, spielte die unberechtigt und gegen den Willen des anderen Ehegatten vollzogene Trennung als Scheidungsgrund eine wichtige Rolle. Das böswillige Verlassen - so lautet der für das Getrenntleben als Scheidungsgrund allgemein gebräuchliche Terminus - war in der Scheidungslehre

1) Codex Augusteus oder neuvermehrtes Corpus Saxonici, 1724, S. 1021 ff.

der reformierten Kirche des 16. 17. Jahrhunderts als Scheidungstatbestand ebenso anerkannt wie nach dem Ehegesetz von 1846¹⁾, wo es zu den schwereren Eheverfehlungen des § 43 zählte. Erst seit der Eherechtsreform des Jahres 1977 interessiert die Trennung nicht mehr als Scheidungsgrund. Alle bisherigen Scheidungsgründe, einschließlich dem des böswilligen Verlassens sind fortgefallen und durch einen einzigen Scheidungsgrund, den des objektiven Scheiterns der Ehe, ersetzt (§ 1565 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Doch war die Ehwidrigkeit einer Trennung nicht der einzige Anknüpfungspunkt für das frühere Recht. Die Tatsache, daß das Getrenntleben einerseits die Chancen für eine Aussöhnung der Ehegatten verstärkt, andererseits Ausdruck fortschreitender ehelicher Zerrüttung ist, machte sich das Gesetz ebenfalls zunutze. Da in diesem Bereich eine Verbindungslinie bis zum gegenwärtigen Recht besteht, werden nachfolgend die wichtigsten Stationen in dieser Entwicklung kurz skizziert.

Getrenntleben als Scheidungsersatz: die Trennung von Tisch und Bett (*separatio quoad choram et mensam*) im kanonischen Recht

Um die Scheidung der Ehe zu vermeiden, wurde im kanonischen Recht das Rechtsinstitut der Trennung von Tisch und Bett ausgebildet.

Im Zuge ihres Aufstiegs zur weltlichen Macht ge-

1) EheG v. 20. Februar 1946 - AB1KR 77, berichtet in AB1KR 294.

lang es der Kirche im Mittelalter ihre Auffassung von der absoluten Unauflöslichkeit der Ehe allgemein durchzusetzen¹. Damit wurde es aber auch notwendig, der Realität einer gescheiterten Ehe einen Platz im Recht der Kirche zuzuweisen. Dies gelang durch einen juristisch-theologischen Kunstgriff, die gedankliche Zweiteilung der Ehe. Petrus Lombardus (gestorben 1160) unterschied als erster terminologisch zwischen "divortio" (Auflösung der Ehe) und "separatio" (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft)². Ihm folgend lehrte Rolandus Bandinelli (gestorben 1181), daß die Ehegatten durch zwei Bänder verbunden seien. Das eine, das sakramentale Eheband sei von Gott gestiftet und für den Menschen unlöslich. Nur der Tod könne es trennen. Das andere Band hingegen, die leibliche Verbindung der Ehegatten und ihre tatsächliche Lebensgemeinschaft, sei lösbar³.

Das Rechtsinstitut der Trennung von Tisch und Bett - lehramtlich erstmals auf dem Konzil zu Trient (1545 - 1563) festgehalten - wurde fester Bestandteil des kanonischen Rechts⁴. Dabei gaben Ehebruch und Sodomie dem nicht schuldigen Ehegatten das Recht zu dauernder Trennung (separatio perpetua)⁵. Bei anderen Verschuldungen wurde nur das Recht auf zweitweilige Trennung zugestanden (separatio temporaria)⁶. Im ersten Fall trat der

1) Richter-Dove-Kahl, S. 1170; Erler, S. 27.

2) Plöchl, II, S. 291.

3) Plöchl, II, S. 293; Bühler, S. 2.

4) Friedberg, S. 507 f.

5) Richter-Dove-Kahl, S. 1173 f.

6) a.a.O.

Charakter des Instituts als Scheidungsersatz in den Vordergrund. Die dauernde Trennung von Tisch und Bett unterschied sich von der Scheidung nur durch das Verbot der Wiederheirat. Dagegen diente die zeitweilige Trennung, die entweder auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit ausgesprochen wurde, nur zum Teil der Vergeltung schwerer Eheverfehlungen. Insbesondere, wenn die kirchlichen Behörden die Trennung nur für einen begrenzten Zeitraum erlaubten, bezweckten sie damit vor allem die Aussöhnung der Ehegatten.

Mit schwindendem Einfluß der katholischen Kirche wurde die Klage auf (dauernde) Trennung von Tisch und Bett langsam, aber stetig aus dem staatlichen Recht verdrängt. Mit dem EheG von 1938¹ wurde das Institut endgültig abgeschafft.

Anders verlief die Entwicklung der zeitweisen Trennung von Tisch und Bett, wie der folgende Abschnitt zeigt.

1.2 Getrenntleben als Versöhnungsmaßregel im protestantischen Ehe- und Scheidungsrecht

Im Zuge der Reformation wurde der katholischen Kirche die Herrschaft im Bereich des Ehrechts streitig gemacht. Mit der Einstufung der Ehe als "eußerlich weltlich ding" entzog Luther² dem Unauflöslichkeitsprinzip die theoretische Grundlage und ebnete den Weg für ein neues Ehe- und Scheidungsrecht, welches die reformierten Landesfürsten jeweils in ihren Territorien durchsetzten.

Diese Ehesatzungen und Kirchenordnungen der pro-

1) EheG v. 6. Juli 1938 (RGBl. I S. 807).

2) Luther, Von Ehesachen, 1530, W.A. Bd. 30, 3, 205.

testantischen Länder im 16. und 17. Jahrhundert lassen das wirtschaftliche Interesse erkennen, das die Obrigkeit an einem geordneten Zusammenleben der Eheleute besaß. So finden wir in der brandenburgischen Visitations- und Consistorialordnung von 1573 folgende Begründung:

"Es tregt sich offte zu, das ein Ehegemahl von dem anderen ohne einige redtliche ursachen enleufft, und also sein Weib, Kinder, Haus, Hoff und alles sitzen und stehen läßet, welches nicht alleine dem Weibe und Kindern zu gefahr und nachteil ihrer Seelen heil, Ehren und verterb ihres Guts Sondern auch dem Lande und der Obrigkeit zu schaden gereichen thut. Darumb auch hievon verordnung zuthun vonnöthen."¹

In den reformierten Gebieten war es daher den Ehegatten in keinem Fall gestattet, sich eigenmächtig zu trennen. Aber auch die Unzulässigkeit der dauernden Trennung von Tisch und Bett stand außer Zweifel. Bei schweren Eheverfehlungen wurde auf Scheidung erkannt, so daß den Ehegatten eine Wiederheirat möglich war². Nur die zeitweise Trennung der Eheleute verfügten die Konsistorien. Feste rechtliche Maßstäbe gab es hierbei nicht, die Richter entschieden nach freiem Ermessen. Bei Eheverfehlungen, die an sich zur Scheidung berechtigten, wurden die Eheleute auf eine zeitlich beschränkte Trennung verwiesen, wenn nach Ansicht der Richter Aussicht auf Versöhnung bestand. Oder die Ehegerichte gewährten die zeitweilige Trennung zum Schutz eines Ehegatten, wenn ein weiteres Zusammenleben für ihn eine ernste Gefährdung

1) Richter, Die evangelischen Kirchenordnungen des 16. Jahrhunderts, II, S. 382.

2) Hubrich, S. 139.

mit sich gebracht hätte¹.

Dem Wortlaut nach wurden diese Maßnahmen nicht von der Trennung des kanonischen Rechts geschieden. Doch kam der "separatio temporaria" nach protestantischer Rechtsauffassung insgesamt gesehen ein anderer Stellenwert zu als nach katholischem Recht. Die Ehesatzungen des 16./17. Jahrhunderts besaßen einen stark sittenpolizeilichen Einschlag. Man hoffte, durch Mahnen und Drohen, notfalls auch durch Zwang gegenüber dem schuldigen Ehegatten die Ehe zu erhalten. Erst, wenn alle diese Maßnahmen nicht fruchteten, griffen die Ehe Richter auf die Möglichkeit der zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett zurück. Da sie aber neben den direkten Zwangsmaßnahmen weniger wirksam schien und außerdem die Gefahr einer Entfremdung der Eheleute in sich barg, machten die Konsistorien von dieser Maßnahme nur sparsam Gebrauch. Die Trennung auf Zeit wurde lediglich in den äußersten Fällen zugelassen und dann in der Regel auch nur für sechs Monate bis zu zwei Jahren. Außerdem ließ man die Eheleute in dieser Zeit nicht unbehelligt, sondern suchte sie immer wieder zu einer vorzeitigen Rückkehr und Aussöhnung zu überreden².

1.3 Getrenntleben als Wartefrist im Rahmen von Zer-rüttungstatbeständen

Nach evangelischer Lehre war die Ehe zwar kein Sakrament, aber sie wurde als gottgewollte Ord-

1) Leuenberger, S. 29 f.

2) Leuenberger, S. 29; Hubrich, S. 139 ff (m.w. N.).

nung angesehen und geschützt. Eine grundlegende andere Auffassung vom Wesen der Ehe brach sich dagegen mit dem Erstarken der bürgerlichen Kräfte im 17./18. Jahrhundert Bahn. In dieser frühkapitalistischen Zeit betrachtete man die Ehe nüchtern, ökonomisch und von einem demokratischen Grundverständnis her. Die Naturrechtstheorie definierte sie als Vertrag, was zur Folge hatte, daß die rechtlichen Anforderungen an die Auflösung der Ehe beträchtlich zurückgenommen wurden¹.

Beispielhaft hierfür ist die Ehegesetzgebung in Preußen unter Friedrich dem Großen. In dem von naturrechtlichen Ideen beeinflussten Project des Corporis Juris Fridericiani² war die Scheidung der Ehe nicht nur gerechtfertigt, wenn sich ein Ehegatte ein schweres Fehlverhalten hatte zuschulden kommen lassen, sondern auch, wenn sich der mit der Eheschließung verfolgte Zweck aus sonstigen verschuldensunabhängigen Gründen als dauernd vereitelt herausstellte. So konnten die Ehegatten geschieden werden, wenn einer der Ehegatten geisteskrank war³, wenn die Ehegatten übereinstimmend die Auflösung der Ehe beantragten⁴ oder wenn zwischen ihnen eine "unüberwind-

1) Mikat, II, S. 863; Hubrich, S. 58 ff.

2) Dieser Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches blieb unvollendet, das Eherecht hieraus wurde aber in den einzelnen Landesteilen Preußens nach und nach als Gesetz eingeführt (Savigny, V, S. 258).

3) Project, Part. I, Lib. II, Tit. III, Art. I, § 35 Abs. VIII.

4) a.a.O., § 35 Abs. II.

liche Abneigung" herrschte¹. Im Rahmen der letzten beiden Zerrüttungstatbestände erschien die Trennung von Tisch und Bett als Etappe auf dem Weg zur Scheidung. Bei der aufgrund gegenseitiger Einwilligung erhobenen Scheidungsklage verfügte das Gericht nach fruchtlosem Sühneversuch zunächst die Trennung der Eheleute auf ein Jahr. Hielten die Ehegatten nach Ablauf dieser Zeit an ihrem Entschluß fest und bestand keine Hoffnung auf Aussöhnung, wurde die Ehe aufgelöst². Ähnlich einfach gestaltete sich die Scheidung wegen unüberwindlicher Abneigung. Bei geringeren Mißhelligkeiten zwischen den Ehegatten wurde die Ehe nicht sogleich gelöst, sondern es wurde erst zur Trennung von Tisch und Bett geschritten. War einer der Ehegatten nach Verstreichen der gesetzten Frist nicht mehr zum Zusammenleben mit dem anderen bereit, wurde die Ehe auf Antrag wegen unversöhnlicher Feindschaft geschieden³.

Vergleicht man diese Kopplung von Trennung und Scheidung mit der zeitweiligen Trennung, wie sie von den Konsistorien gehandhabt wurde, so ist nicht zu verkennen, daß beide Maßnahmen die Aufrechterhaltung der Ehe im Auge hatten. Dennoch sind sie ihrer Qualität nach recht verschieden. Die "séparation de lit et de table" im Code Frédéric stellt keine von staatlicher Einflußnahme begleitete Versöhnungsmaßregel dar, sondern ist lediglich eine Wartefrist. Den zur Scheidung entschlossenen Ehegatten wurde eine Zeit des Ge-

1) a.a.O., § 54.

2) a.a.O., § 35 Abs. II.

3) a.a.O., § 44

trenntlebens auferlegt, in der sie den Entschluß, sich scheiden zu lassen, nochmals überprüfen konnten und sollten. Die Eheleute durften aber damit rechnen, daß ihre Ehe nach Ablauf eines Jahres geschieden werden würde, wenn sie an ihrem Entschluß festhielten.

Im 19. Jahrhundert wurde das Scheidungsrecht in ganz Deutschland wieder verschärft. Das Bürgertum hatte sich etabliert; man ging daran, die Ehe als staatstragende Institution zu schützen¹. Den Endpunkt dieser Entwicklung setzte das BGB von 1900, das das Schuldprinzip - von dem Scheidungsgrund der Geisteskrankheit abgesehen - lückenlos durchsetzte.

Als Wartefrist tauchte das Getrenntleben der Eheleute erst wieder im EheG von 1938 auf. § 55 ermöglichte die Scheidung einer tiefgreifend zerrütteten Ehe, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben war. Die Einführung dieser Bestimmung ging - wie wichtige Teile des EheG von 1938 überhaupt - auf die jahrelange Vorarbeit zurück, die Demokraten, Sozialdemokraten und Kommunisten während der Weimarer Republik geleistet hatten². Es stimmt bitter, daß diese Arbeit erst unter den Bedingungen des Nationalsozialismus Früchte trug und damit zugleich in ihrer Zielsetzung pervertiert wurde. Denn der Zerrüttungstatbestand, welcher doch vom Ansatz her individualistisch geprägt war, setzte sich 1938 nur durch, weil die Er-

1) Mikat, II, S. 966; Hubrich, S. 60 und S. 231.

2) Zusammenstellung der verschiedenen Initiativen bei Wolf/Lüke/Hax, S. 74 - 78.

leichterung der Ehescheidung den rassistisch-bevölkerungspolitischen, d.h. expansionistischen Interessen des Nationalsozialismus entgegenkam.

Erst nach dem 2. Weltkrieg erhielt die Scheidung einer zerrütteten Ehe ihre ursprüngliche Bedeutung zurück. Die Bestimmung des § 55 EheG von 1938 wurde durch das Kontrollratsgesetz von 1946 zunächst unverändert beibehalten und besaß dann als § 48 EheG 1946 bis zur Eherechtsreform des Jahres 1977 Gültigkeit. Allerdings war die sog. Heimtrennungsklage nur ein Ausnahmetatbestand innerhalb des Schuldprinzips und ihre praktische Bedeutung gering. Der Bundesgerichtshof schränkte den Anwendungsbereich der Norm noch zusätzlich ein, indem er nach anfänglicher Zurückhaltung dem Nicht-Schuldigen ein sehr weitgehendes Widerspruchsrecht gegen die Auflösung der Ehe zubilligte¹. Diese äußerst umstrittene Rechtsprechung, die 1962 durch die Neufassung des § 48 Abs. 2 EheG sanktioniert wurde², war die Hauptursache dafür, daß immer weniger Scheidungen wegen dreijähriger Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft ausgesprochen wurden. Waren es im Jahr 1951 noch 13,7 %, so belief sich die Zahl im Jahr 1975 nur noch auf 3,1 %³.

1) BGH, FamRZ 60, 352; vgl. auch BGHZ 18, 20.

2) FamRÄndG v. 11. August 1961 (BGBl. I S. 1221), in Kraft getreten am 1. Januar 1962.

3) Wirtschaft und Statistik 1977, S. 8.

BEDEUTUNG UND FUNKTIONEN DES GETRENNTLEBENS IM GELTENDEN SCHEIDUNGSRECHT

Das 1. EheRG hat das Recht der Ehescheidung grundlegend umgestaltet. Das Schuldprinzip wurde abgegeben und alle bisherigen Scheidungsgründe sind weggefallen. Das Gesetz stellt nur noch auf das objektive Scheitern einer Ehe als einzigen Scheidungsgrund ab (§ 1565 Abs. 1 BGB). Der Zerrüttungsgrundsatz - bisher nur im Ansatz verwirklicht - ist damit zum beherrschenden Prinzip des Scheidungsrechts geworden.

Zugleich hat das Getrenntleben der Eheleute eine Schlüsselstellung im materiellen Scheidungsrecht erhalten. Als objektives Zeichen für einen fortschreitenden Zerrüttungsprozeß der Ehe ist die Dauer des Getrenntlebens das Maß, nach dem sich die Scheidungsvoraussetzungen im einzelnen richten. Scheidungsgrund im geltenden Recht ist zwar allein das objektive Scheitern der Ehe, die Scheidung über den Grundtatbestand des § 1565 Abs. 1 BGB wird aber im Rahmen bestimmter Trennungsfristen zunächst stark gehemmt (§ 1565 Abs. 2 BGB), dann zunehmend erleichtert (§§ 1566 Abs. 1 und Abs. 2, 1568 Abs. 2 BGB). Infolgedessen ist nicht nur in jedem Scheidungsverfahren die Frage nach dem Getrenntleben unerläßlich, sondern das Getrenntleben erhält auch den Charakter eines Vorstadiums zur Scheidung, das die Eheleute grundsätzlich durchleben sollen.

Der Einbau von Trennungsfristen ins materielle Scheidungsrecht hat mehrere Funktionen:

2.1 Getrenntleben als formaler Indikator für das Scheitern der Ehe

Im Rahmen des § 1566 BGB soll das Getrenntleben dem Richter die Feststellung, daß eine Ehe gescheitert ist, erleichtern¹. Ohne diese Bestimmung könnte die Frage, ob eine Ehe unheilbar zerrüttet ist, nur aufgrund einer umfassenden Prüfung der ehelichen Verhältnisse entschieden werden. Denn nach der Definition des Scheiterns in § 1565 Abs. 1 Satz 2 BGB ist grundsätzlich die Feststellung erforderlich, daß die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht, sowie die Prognose, daß ihre Wiederherstellung nicht mehr erwartet werden kann. Eine solche Erforschung des privaten Lebensbereiches bleibt den Eheleuten jedoch erspart, wenn sie die Trennungsfristen des § 1566 Abs. 1 und Abs. 2 BGB einhalten. Wollen beide Ehegatten die Scheidung, wird nach einem Jahr des Getrenntlebens, ansonsten nach drei Jahren des Getrenntlebens unwiderlegbar vermutet, daß die Ehe gescheitert ist².

Mit diesen beiden gesetzlichen Vermutungen hat die Funktion des Getrenntlebens innerhalb des geltenden Scheidungsrechts eine neue Qualität er-

1) BTDrucksache 7/650, S. 75.

2) Bei der einverständlichen Scheidung darf das Gericht das Scheidungsurteil allerdings nur dann auf die §§ 1565 Abs. 1, 1566 Abs. 1 BGB stützen, wenn sich die Eheleute in den wichtigsten Folgesachen geeinigt haben (vgl. hierzu § 630 ZPO).

nation. Zwar war die Zerrüttungsscheidung auch früher von einer längeren Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft abhängig. In § 48 Abs. 1 EheG von 1940 diente die dreijährige Trennungszeit jedoch nur als Indiz für die Zerrüttung der Ehe¹. Das endgültige Scheitern mußte daneben eigens festgestellt werden². Heute dagegen hat das Gesetz die Zerrüttungsprüfung mit Hilfe des Getrennlebens formalisiert. Es knüpft an die Tatsache des Getrennlebens selbst die unwiderlegbare Vermutung, daß die Ehe gescheitert ist. Der Beweis des Gegenteils ist ausgeschlossen. Auch wenn der Richter noch persönliche Zweifel am Scheitern der Ehe hat, darf er keine Zerrüttungsprüfung nach § 1565 Abs. 1 BGB vornehmen, sondern muß vom Scheitern der Ehe ausgehen³. Damit ist das Getrennleben zum selbständigen formalen Indikator für das Scheitern der Ehe geworden - in § 1565 Abs. 1 BGB noch zusammen mit dem gemeinsamen Scheidungskillen der Eheleute, in § 1566 Abs. 2 BGB dann für sich allein⁴.

1) Dölle, I, § 39 IV 2 a S. 535.

2) Habscheid, S. 362 m.w.N.

3) Die Rechtsnatur der unwiderleglichen Vermutungen ist umstritten. Brüggenmann, FamRZ 78, 91 stuft sie als Beweisregeln ein, MünchKomm-Wolf § 1565 Rz. 12 als Fiktionen und Habscheid, S. 365 als zweite Tatbestände im Hinblick auf dieselbe Rechtsfolge.

4) Aufgrund dieser Tatsache hält Habscheid, S. 370 den § 1566 BGB in beiden Absätzen für unvereinbar mit Art. 6 Abs. 1 GG. In den Nachteilen einer bloß widerlegbaren Vermutung vgl. BTDrucks. 7 4361 S. 11 F.; Wögel, FamRZ 76 469. Die Verfassungsmäßigkeit des § 1566 Abs. 1 BGB hat das BVerfG mit Urteil v. 16. 1. 80 NJW 80 469 festgestellt.

2.2 Getrenntleben als Wartefrist

Für die Parteien ist das Getrenntleben eine Wartefrist. Sie soll dem Ehegatten, der die Scheidung erstrebt oder ihr zustimmen will, Gelegenheit geben, sich über das Für und Wider einer Scheidung klarzuwerden. Dem Ehegatten, der die Scheidung ablehnt, dient das Getrenntleben dagegen als Zeit der Schonung.

Zu diesem Ergebnis führt eine Analyse des § 1565 Abs. 2 BGB, wonach die Eheleute vor Ablauf des ersten Trennungsjahres nur unter erschwerten Voraussetzungen geschieden werden können. Es ist erforderlich, daß die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des Antragsegners liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde. Die Frage nach dem Zweck dieser Härteklausele gibt Aufschluß auch über den Sinn der Mindesttrennungszeit, die § 1565 Abs. 2 BGB gegenüber den Eheleuten durchzusetzen sucht.

In Literatur und Rechtsprechung ist der Zweck des § 1565 Abs. 2 BGB sehr umstritten, eine Einigung auf einen einzigen Zweck nicht in Sicht¹. Es haben sich in der Diskussion aber drei Gesichtspunkte herausgeschält, unter denen die Bedeutung des § 1565 Abs. 2 BGB zu sehen ist.

- Bei § 1565 Abs. 2 BGB hat vor allem der Wunsch Pate gestanden, den an der Ehe festhaltenden

1) Zum Streitstand vgl. vor allem MünchKomm-Wolf Ergänzung zu § 1565 Rz. 73.

Ehegatten vor einer sofortigen einseitigen Aufkündigung der Ehe zu schützen. Das belegt die Vorgeschichte der Norm. § 1565 Abs. 2 BGB, der erst im Vermittlungsausschuß formuliert und der Gesetzesnovelle nachträglich eingefügt wurde, geht auf Bestrebungen der Bundesratsmehrheit zurück, die Scheidung aus dem Grundtatbestand des § 1565 Abs. 1 BGB zu erschweren. Wie der Bundesrat sich ausdrückte, sollte die Möglichkeit unterbunden werden, daß ein Ehegatte die Ehe einseitig zerrüttet und dann die sofortige Scheidung erzwingt¹. Einem solch rücksichtslosen Verhalten will § 1565 Abs. 2 BGB entgegenwirken, indem er dem Antragsgegner zumindest ein Jahr der Schonung einräumt. Einem Ehepartner, der sich gegen die Scheidung wehrt, soll wenigstens Zeit bleiben, um das Zerschlagen der ehelichen Beziehung ohne die Belastung eines Scheidungsprozesses verarbeiten zu können².

- Die von § 1565 Abs. 2 BGB angestrebte Mindesttrennungszeit ist jedoch mehr als nur eine Barriere gegen den Rechtsmißbrauch. Denn § 1565 Abs. 2 BGB erschwert Scheidungen aus dem Grundtatbestand auch dann, wenn der Antragsgegner keiner Schonung bedarf - etwa, weil er das Scheitern der Ehe überwiegend verursacht hat

1) BRDrucks. 1/76 (Beschluß), S. 19.

2) BGH, NJW 81, 449 (451); OLG Hamm, FamRZ 79, 37; FamRZ 78, 28; KG, FamRZ 78, 34; FamRZ 78, 594; OLG Frankfurt, FamRZ 78, 115; OLG Karlsruhe, NJW 78, 53; FamRZ 78, 590; OLG Koblenz, FamRZ 78, 31 (33); MünchKomm-Wolf, § 1565 Rz. 73; Palandt-Diederichsen, § 1565, 4; Giesen/Gick, JR 79, 5; Holzhauer, JZ 79, 113; a.A. Schwab, FamRZ 79, 18.

oder weil er der Scheidung zustimmt. In diesen Fällen besteht ein Recht auf Scheidung ebenfalls nur dann, wenn die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller eine "unzumutbare Härte" bedeutet.

In Literatur und Rechtsprechung wird deshalb vielfach angenommen, daß § 1565 Abs. 2 BGB auch vorschnellen Scheidungsentschlüssen begegnen will¹. Mit der Mindesttrennungszeit des § 1565 Abs. 2 BGB solle dem auf Scheidung drängenden Ehepartner Gelegenheit gegeben werden, seine Entscheidung nochmals eingehend zu überdenken².

Es ist allerdings zweifelhaft, ob die Abwehr voreiliger Scheidungsentschlüsse der primäre Zweck des § 1565 Abs. 2 BGB ist. Vorschnell und leichtfertig kann ein Scheidungsentschluß schließlich nur dann sein, wenn er sich auf eine nicht gescheiterte Ehe bezieht. Insofern schützt aber schon der Grundtatbestand des § 1565 Abs. 1 BGB den Antragsteller und seinen Ehepartner³.

- Eher kann § 1565 Abs. 2 BGB als Norm verstanden werden, die dem Richter hilft, vor Ablauf des ersten Trennungsjahres das Scheitern der Ehe

1) OLG Celle, NdsRPfl 77, 208 (209); OLG Köln, FamRZ 77, 717; NJW 78, 645; OLG Bremen, FamRZ 77, 808 (809); vgl. Manuskript S. 20 Anm. 2 Schwab, FamRZ 79, 18; FamRZ 76, 493; Brügge-mann, FamRZ 78, 93; Giesen/Gick, JR 79, 5.

2) Schwab FamRZ 76, 504.

3) MünchKomm-Wolf, Ergänzung zu § 1565 Rz. 73; Gernhuber, Lehrbuch, § 27 II 1 (S. 299).

festzustellen¹. Die Prüfung dieser nach § 1565 Abs. 1 BGB einzigen Tatbestandsvoraussetzung der Ehescheidung kann erhebliche Probleme bereiten, solange die Eheleute noch nicht oder erst kurze Zeit getrennt leben. Vor allem die Prognose, daß die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten ist, erscheint unter diesen Umständen schwierig. Wenn aber in der Person des Antragsgegners Gründe vorliegen, die die Fortsetzung der Ehe für seinen Ehegatten zur unzumutbaren Härte machen, kann diese Prognose zuverlässiger gestellt werden. Die Endgültigkeit des Scheidungsentschlusses liegt hier auch ohne vorhergehendes Getrenntleben auf der Hand.

Durch diese Interpretation des Normzwecks von § 1565 Abs. 2 BGB wird der Sinn des Getrenntlebens als Zeit der Besinnung jedoch nicht in Frage gestellt, sondern bestätigt. Mit § 1565 Abs. 2 BGB gibt das Gesetz zu erkennen, daß sich die Festigkeit des Scheidungsentschlusses nur solange an den besonderen Merkmalen der Härteklausel beweisen muß, als die Eheleute noch kein Jahr getrennt gelebt haben. Nach Ablauf dieser Mindesttrennungszeit bedarf es einer solch zusätzlichen Hilfe für den Richter nicht mehr, weil sich die Festigkeit des Scheidungswillens durch die Dauer des Getrennt-

1) Dieser Zweck des § 1565 Abs. 2 BGB wird in Literatur und Rechtsprechung zunehmend in den Vordergrund gestellt: BGH, NJW 81, 449 (451); OLG Frankfurt, NJW 78, 892; OLG Oldenburg, NJW 78, 1266; Schwab, FamRZ 76, 504; Lücke, AcP 178, 26; Palandt-Diederichsen, § 1565, 4; MünchKomm-Wolf, Ergänzung zu § 1565 Rz. 73.

lebens genügend manifestiert. Der Richter kann davon ausgehen, daß der scheidungswillige Ehegatte in der Zeit der Trennung Gelegenheit hatte, den Scheidungsentschluß nochmals zu überdenken.

§ 1565 Abs. 2 BGB liegt damit derselbe Gedanken- gang zugrunde wie § 1566 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Im Rahmen jener Vorschrift ist das Getrenntleben zwar vorrangig Indikator für das Scheitern der Ehe - dieses jedoch nur, weil der die Scheidung begehrende Ehegatte während des Getrenntlebens prüfen konnte, ob seine Entscheidung endgültig ist. So liest man in den Erläuterungen der Bundesregierung zum Entwurf des 1. EheRG, der beiderseitige Scheidungswunsch löse die Vermutung des § 1566 Abs. 1 BGB erst nach einer einjährigen Trennungszeit aus, um unüberlegte Scheidungen zu vermeiden¹. Und bei § 1566 Abs. 2 BGB heißt es, die Ehegatten könnten in der Zeit der Trennung die persönlichen und rechtlichen Folgen einer Trennung eingehend erleben und überdenken².

Die Funktion des Getrenntlebens als Zeit der Besinnung kommt außerdem in § 1567 Abs. 2 BGB zum Ausdruck. Danach unterbricht oder hemmt ein Zusammenleben über kürzere Zeit, das der Versöhnung der Ehegatten dienen soll, die in § 1566 BGB bestimmten Fristen nicht³. Mit § 1567 Abs. 2 BGB

1) BTDrucks. 7/650, S. 112.

2) BTDrucks. 7/650, S. 110.

3) § 1567 Abs. 2 BGB gilt für die Frist des § 1565 Abs. 2 BGB entsprechend (OLG Hamm, FamRZ 78, 190; OLG Celle, FamRZ 79, 234; OLG Köln, FamRZ 79, 236; Kniebes, DRiZ 76, 326; Damrau, NJW 77, 1624.

wird den Ehegatten also eine besondere Brücke gebaut, um eine während des Getrenntlebens aufkommende Versöhnungsbereitschaft zu unterstützen. Ein Ehegatte, der die eheliche Gemeinschaft wieder aufnehmen will, soll nicht befürchten müssen, bei einem Scheitern dieses Versuchs die "angesparten" Fristvorteile einzubüßen¹.

2.3 Getrenntleben als Zeit der Umstellung

In der Zeit des Getrenntlebens sollen sich die Eheleute auf die Scheidung vorbereiten. Die Eheleute können und müssen davon ausgehen, daß nach drei Jahren des Getrenntlebens das Scheitern der Ehe unwiderlegbar vermutet wird und die Ehe im Regelfall geschieden werden kann. Die Härteklause des § 1568 Abs. 1, 2. Alt. BGB greift nur in ganz vereinzelter, außergewöhnlichen Notfällen ein, nämlich dann, "wenn und solange die Scheidung für den Antragsgegner, der sie ablehnt, auf Grund außergewöhnlicher Umstände eine so schwere Härte darstellen würde, daß die Aufrechterhaltung der Ehe auch unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers ausnahmsweise geboten erscheint". Im übrigen bezweckt diese Härteklause auch nicht die lebenslange Aufrechterhaltung einer gescheiterten Ehe². Sie soll nur eine Scheidung zur Unzeit verhindern und dem an der Ehe festhaltenden Ehegatten zusätzlich Zeit einräumen, um sich auf die Scheidung ein-

1) BTDrucks. 7/650, S. 114.

2) BTDrucks. 7/650, S. 116.

zustellen¹. Das Gesetz rechnet damit, daß auch schwere Härten im Lauf der Zeit an Bedeutung für den Antragsgegner verlieren (§ 1568 Abs. 1 BGB: "wenn und solange" die Scheidung eine schwere Härte darstellen würde). Ist dieser Zustand eingetreten, kann ein neuer Antrag auf Scheidung mit Erfolg gestellt werden².

3. EXKURS: DIE ROLLE DES GETRENNTLEBENS IN DER PRAXIS

Bevor in der Frage, welche Aufgaben dem Getrenntleben nach geltendem Scheidungsrecht zufallen, Bilanz gezogen wird, soll noch ein Blick auf die praktische Bedeutung des Getrenntlebens geworfen werden. Entspricht sie dem Gewicht, welches dem Getrenntleben nach geltendem Scheidungsrecht zukommt?

1) Der vorübergehende Charakter der Härteklausel wurde ursprünglich durch § 1568 Abs. 2 BGB unterstrichen, wonach die Anwendung des § 1568 Abs. 1 BGB auf die ersten fünf Jahre des Getrenntlebens begrenzt war. Das BVerfG hat die zeitliche Befristung der Härteklausel allerdings für unvereinbar mit Art. 6 Abs. 1 GG erklärt - entsprechend der Zielsetzung des § 1568 Abs. 1 BGB jedoch nur insoweit, als "danach eine Ehescheidung ausnahmslos auszusprechen ist, ohne daß außergewöhnlichen Härten mindestens durch eine Aussetzung des Verfahrens begegnet werden kann" (NJW 81, 108). Auch dem BVerfG geht es also letztlich nur um einen Aufschub der Scheidung, um eine zusätzliche Zeitspanne, die dem Antragsgegner die Umstellung auf Situation nach der Scheidung erleichtern soll.

2) BTDrucks. 7/650, S. 116.

Bereits in der Einleitung zu dieser Arbeit wurde darauf hingewiesen, daß sich die Zahl der getrennt lebenden Ehegatten und die Dauer des Getrenntlebens durch die Scheidungsreform erheblich gesteigert haben. Insofern hat das 1. EheRG tatsächlich eine einschneidende Änderung bewirkt.

Wie aber steht es mit den verschiedenen Zielen, die sich mit dem Einbau von Trennungsfristen in das geltende Scheidungsrecht verbinden. Wirkt sich das Getrenntleben für die Eheleute in der Weise positiv aus, wie vom Gesetzgeber vorgesehen?

Die ersten Beobachtung hierzu überrascht kaum: Aufgrund der beiden Zerrüttungsvermutungen des § 1566 BGB kann die Feststellung, daß eine Ehe gescheitert ist, in der überwiegenden Mehrheit der Fälle erfolgen, ohne daß der Richter in die Privat- und Intimsphäre der Eheleute eindringen muß. Im Jahr 1981 wurden 64 % aller Scheidungsurteile auf die ein-, bzw. dreijährige Trennungszeit gestützt¹. Diese Quoté zeigt, daß die Einführung der formalisierten Zerrüttungsprüfung einem großen Bedürfnis der Parteien entspricht. Das wird besonders deutlich bei der einverständlichen Scheidung nach § 1566 Abs. 1 BGB. Trotz der geforderten Trennungszeit und, mehr noch, trotz der nach § 630 ZPO erforderlichen Einigung über die wichtigsten Folgesachen weichen die Eheleute nicht ohne weiteres auf eine abgesprochene Härtescheidung nach § 1565 Abs. 2 BGB aus.

Schwieriger erscheint jedoch die Einschätzung, inwieweit das Getrenntleben für die Eheleute tat-

1) Statistisches Jahrbuch 1983, S. 78.

sächlich eine Zeit der Besinnung ist. Mangels soziologischer Untersuchungen zu diesem Punkt, kann hier nur ein kleiner Erfahrungsbericht gegeben werden, der auf der Analyse von 65 größtenteils eigenen Anwaltsakten beruht:

Von diesen 65 Fällen lebten die Eheleute nur in zwei Fällen getrennt, um ihre Beziehung aus der Distanz nochmals zu überdenken. In allen übrigen Fällen äußerten die Scheidungsmandanten schon beim ersten Anwaltsbesuch eindeutig den Wunsch, sich scheiden zu lassen, bzw. berichteten von einem solchen Wunsch ihres Partners. Dabei lebten über die Hälfte; (genau 34) dieser Mandanten erst kurze Zeit räumlich getrennt oder trennten sich unmittelbar danach. Konkret: die Zeitspanne zwischen erster anwaltlicher Beratung und räumlicher Trennung betrug in diesen Fällen meistens zwei bis vier Wochen, höchstens drei Monate. Nur in 12 Fällen waren seit der Trennung zwischen drei und zwölf Monaten verstrichen, in den übrigen schon wieder mehrere Jahre¹. Der Entschluß zur Scheidung wurde in fast allen Fällen auch durchgeführt. Es kam zu 60 Scheidungsverfahren, die 57mal mit dem Ausspruch der Scheidung endeten.

Blickt man auf die enge zeitliche Verknüpfung,

1) Die Fälle längerfristigen Getrenntlebens geben keinen Aufschluß darüber, wann sich der Entschluß zur endgültigen Trennung stabilisierte. Es handelt sich entweder um Ehen, deren Scheidung nach altem Recht nicht möglich war oder um Ehen zwischen Studenten, bei denen die Ehegatten die Scheidung als unnütze Geldausgabe betrachteten und ablehnten.

die in gut der Hälfte der Fälle zwischen Trennung und Scheidungsauftrag besteht, erscheint die Funktion des Getrenntlebens als Zeit der Besinnung fraglich. Hier signalisiert offenbar schon der Auszug aus der Ehwohnung den endgültigen Scheidungsentschluß.

Andererseits gibt es auch Anhaltspunkte für das Gegenteil. Zwar lebten nur zwei Ehepaare mit dem ausdrücklichen Ziel getrennt, ihren Wunsch nach einer endgültigen Trennung nochmals zu überprüfen. Doch dauerte es immerhin in einem Fünftel der Fälle bis zu einem Jahr, bevor ein Ehepartner mit dem Gang zum Anwalt das Scheidungsverfahren einleitete. Wichtigstes Argument für das Getrenntleben als Zeit der Besinnung ist jedoch, daß von 63 Mandanten, die bereits den Entschluß zur Scheidung gefaßt hatten, 6 Mandanten die Trennung wieder rückgängig machten. Das sind knapp 10 %, eine Zahl, die angesichts der Bedeutung der Ehe für die Eheleute nicht als unerheblich übergangen werden darf. Im übrigen steht zu vermuten, daß die Zahl derer, die sich nach einer Trennung wieder aussöhnen, in Wirklichkeit höher liegt. Denn an dieser Stelle kann naturgemäß nichts von den Eheleuten berichtet werden, die sich lediglich trennten und erst gar keinen Anwalt aufsuchten.

In anderer Hinsicht erweist sich die Trennung jedoch als uneingeschränkt positiv. Das Getrenntleben in seiner Eigenschaft als Schutz- und Probezeit ist ein bedeutsames Moment bei der Vorbereitung einer einverständlichen Scheidung. Hierzu einige Zahlen:

Ungefähr bei der Hälfte der Mandanten (genau bei 29), die später geschieden wurden, waren mindestens 6 Monate des Getrenntlebens verstrichen, bevor der Scheidungsantrag eingereicht wurde. In 25 Fällen wurde das Scheidungsverfahren von Anfang an einverständlich durchgeführt. Die Scheidung selbst war unproblematisch und in den Folgesachen gelangten die Ehegatten zum Teil mit, zum Teil ohne anwaltliche Hilfe zu einer Einigung. Nur in 4 Fällen wurde das Scheidungsverfahren streitig durchgeführt, wobei hierfür der Wunsch beider Elternteile nach der elterlichen Sorge, erhebliche finanzielle Folgen der Scheidung (Zugewinnausgleich über 200.000,-- DM oder monatlicher Unterhalt in Höhe von 4.500,-- DM) oder ähnliche schwerwiegende Folgen (drohender Verlust der Aufenthaltsgenehmigung) die entscheidende Rolle spielten.

In den andern 28 Fällen, in denen die Eheleute vor Stellung des Scheidungsantrages nicht oder weniger als 6 Monate getrennt gelebt hatten, ist das Verhältnis von streitigen zu unstreitigen Scheidungsverfahren genau umgekehrt. Nur 10 Verfahren waren unstreitig, 18 Verfahren dagegen verliefen problematisch. Der Antragsgegner beantragte zunächst die Abweisung des Scheidungsantrages oder er wehrte sich versteckt, indem er die Formulare zum Versorgungsausgleich nicht ausfüllte. Über die Folgesachen entbrannte vielfach ein heftiger Streit, der entweder gerichtlich ausgetragen wurde oder zu unnachgiebigen Positionen in Vergleichsverhandlungen führte, usw. In allen Fällen konnte nach ungefähr einem Jahr der Trennung eine einverständliche Scheidung erzielt werden.

Aus diesem Zahlenmaterial ergibt sich, daß das Getrenntleben zwar keine Garantie für eine einverständliche und daher menschlich weniger belastende Scheidung ist. Sobald wesentliche Interessen eines Ehegatten durch die Scheidung betroffen sind, ist an eine Einigung der Eheleute nicht zu denken. Aber die große Zahl der einverständlichen Scheidungen, die nach einem Jahr der Trennung erreicht werden kann, zeigt, daß sich in vielen Fällen die sog. Mindesttrennungszeit von einem Jahr positiv auswirkt. Dabei lassen sich die vielfältigen Gründe, die während des Getrenntlebens zum Tragen kommen und das gegenseitige Einverständnis erleichtern, statistisch nicht ohne weiteres ableiten. Man kann jedoch vermuten, daß die Trennung zunächst dem an der Ehe stärker festhaltenden Ehegatten die Endgültigkeit des Bruchs vermittelt. Es braucht einige Monate, bis seine Hoffnung auf Rückkehr des Partners schwindet. Erst dann aber ist der Boden für Vergleichsverhandlungen bereitet. Neben der Einsicht, den Partner endgültig verloren zu haben, dürfte vor allem auch der Abbau von Aggressionen bei beiden Partnern eine Rolle spielen. Und besonders bei Frauen kann man beobachten, daß im Laufe des Getrenntlebens das Selbstvertrauen in die eigene Kraft steigt. Hand in Hand damit geht meistens eine Veränderung in den äußeren Lebensumständen, so daß zukünftige Entwicklungen im beruflichen und wirtschaftlichen Bereich leichter vorhersehbar sind. Alle diese Faktoren zusammen genommen geben dann eine Ausgangsbasis für eine einverständliche Scheidung und den Abschluß eines Vergleichs, der sich auf Dauer als tragfähig erweisen kann.

4. ZUSAMMENFASSUNG VON TEIL I

Seit der Neuregelung des Ehe- und Familienrechts durch das 1. EheRG besitzt das Getrenntleben der Eheleute eine Schlüsselstellung im materiellen Scheidungsrecht. Alle vier Scheidungstatbestände können erst angewendet werden, wenn feststeht, ob und wie lange die Eheleute getrennt leben. Darüber hinaus ist eine Mindesttrennungszeit von einem Jahr regelmäßig Voraussetzung der Ehescheidung.

Innerhalb des Dreiecksverhältnisses Antragsteller/Antragsgegner/Gericht dient das Getrenntleben unterschiedlichen Zielen:

- Dem Richter soll das Getrenntleben die Feststellung, daß eine Ehe gescheitert ist, ohne Eindringen in den Privat- und Intimbereich der Eheleute ermöglichen. Im Rahmen der beiden unwiderlegbaren Zerrüttungsvermutungen des § 1566 BGB wird hierdurch eine Versachlichung des Scheidungsverfahrens angestrebt.
- Für die Parteien ist das Getrenntleben eine Wartefrist. Sie soll dem Ehegatten, der die Scheidung erstrebt oder ihr zustimmen will, Gelegenheit geben, sich über das Für und Wider einer Scheidung klar zu werden (§§ 1566 Abs. 1 und 2, 1565 Abs. 2 BGB). Dem Ehegatten, der die Scheidung ablehnt, dient das Getrenntleben dagegen als Zeit der Schonung (§ 1565 Abs. 2, § 1566 Abs. 2 BGB).
- In der Zeit des Getrenntlebens sollen sich die Eheleute aber auch auf die Zeit nach der Scheidung vorbereiten.

Die Zielvorstellungen des Gesetzes sind auch Praxis geworden. Im Hinblick auf den Scheidungsauspruch gestaltet sich das Scheidungsverfahren in der Mehrzahl der Fälle sachlich. Im Vorfeld der Scheidung fällt das Getrenntleben als Zeit der Besinnung durchaus ins Gewicht und trägt insoweit zur Aufrechterhaltung einer Ehe bei. Darüberhinaus besitzt das Getrenntleben als Zeit der Schonung und der Umstellung eine wichtige Funktion bei der Vorbereitung einer einverständlichen Scheidung.

Insgesamt betrachtet wirkt sich der Einbau von Trennungsfristen ins materielle Scheidungsrecht also positiv aus. Dabei sei eine Feststellung zum Abschluß nochmals betont und besonders hervorgehoben. Das Gesetz sieht im Getrenntleben nicht nur ein objektives Zeichen ehelicher Zerrüttung und damit den ersten Schritt aus der Ehe, sondern es betrachtet das Getrenntleben auch als letzte Chance für eine Versöhnung der Ehegatten und setzt die Trennung insoweit bewußt als Mittel zur Aufrechterhaltung der Ehe ein. Das ist zu beachten, wenn nunmehr in Teil II der Frage nachgegangen wird, unter welchen rechtlichen Bedingungen sich die Trennung der Eheleute vollziehen sollte.

TEIL II

RECHTLICHE PROBLEME BEI DER DURCHFÜHRUNG DES GETRENNTLEBENS

Im folgenden wird die Rechtslage der Eheleute bei der Durchführung der Trennung im einzelnen dargestellt und erörtert. Dabei befaßt sich Kapitel 1 mit den Erfordernissen des Getrenntlebens. Es folgt in Kapitel 2 die Frage nach dem Recht eines Ehegatten, sich zu trennen. Das nächste Kapitel diskutiert Möglichkeit und Voraussetzungen einer gerichtlichen Regelung der Benutzung der Ehewohnung. Und im vierten Kapitel wird ein letztes Problem bei der Durchführung des Getrenntlebens angesprochen: der Verbleib der gemeinschaftlichen Kinder, falls sich die Eltern darüber nicht einigen können.

Bei all diesen Punkten wird der Frage nachgegangen, ob die rechtlichen Bedingungen, unter denen sich die Trennung vollzieht, der Bedeutung und der Aufgabe des Getrenntlebens im materiellen Scheidungsrecht Rechnung tragen. Dabei ist zu beachten, daß die verschiedenen Funktionen des Getrenntlebens im materiellen Scheidungsrecht untereinander in Konflikt treten können. Die Tatsache, daß das Getrenntleben als objektives Zeichen für das Scheitern der Ehe dient, spricht für eine restriktive Ausgestaltung der Trennung; die Tatsache, daß das Getrenntleben den Eheleuten eine letzte Chance zur Versöhnung gibt, läßt hier eine großzügigere Handhabung zu. Wie dieser Konflikt zu lösen ist, die widerstreitenden Tendenzen zu einem Ausgleich gebracht werden können, muß jeweils im Einzelfall geklärt werden. Es

gilt, einen Kompromiß zu finden, der einerseits ausschließt, daß das Getrenntleben durch mögliche Ungereimtheiten und Lücken des Gesetzes zu einer sozialen Scheidungsbarriere für den wirtschaftlich Schwächeren wird, und der andererseits verhindert, daß der Richter den Auflösungsprozeß der Ehe beschleunigt, weil er zu früh oder zu weitgehend die Trennung der Eheleute regelt.

1. DIE DEFINITION DES GETRENNTLEBENS

Die Frage, welche Situation ein Ehegatte herstellen muß, um im Sinne des Gesetzes "getrennt" zu leben, beantwortet § 1567 BGB. Nach § 1567

Abs. 1 S. 1 BGB leben die Eheleute getrennt, wenn

- zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht (objektiver Tatbestand)
- und ein Ehegatte die häusliche Gemeinschaft erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt (aus Willen und Motiv zusammengesetzter subjektiver Tatbestand).

§ 1567 Abs. 1 Satz 2 BGB ergänzt, daß die häusliche Gemeinschaft auch dann nicht besteht, wenn die Ehegatten innerhalb der ehelichen Wohnung getrennt leben.

Diese Legaldefinition des Getrenntlebens fußt auf der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dem von § 48 EheG 1946 gebrauchten Begriff der "Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft"¹, ist mit diesem Begriff aber nicht identisch. Wie der Bun-

1) BTDrucks. 7/650, S. 113 f.

desgerichtshof² bei der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, verlangt auch § 1567 BGB für das Getrenntleben nicht nur eine räumliche Trennung, sondern fordert zusätzlich ein subjektives Moment, nämlich den Willen eines Ehegatten, mit dem anderen nicht mehr zusammenzuleben. Doch konnte der vom Bundesgerichtshof geforderte Trennungswille auf den verschiedensten Gründen beruhen, zum Beispiel auch auf dem Wunsch des einen Ehegatten, den anderen durch den Umzug in eine andere Stadt zu veranlassen, ihm zu folgen². Die Motive für die Ablehnung der häuslichen Gemeinschaft spielten bei der Heimtrennungsklage des § 48 EheG erst im Rahmen des zweiten Tatbestandsmerkmals, der tiefgreifenden und unheilbaren Zerrüttung der Ehe, eine Rolle³. Heute dagegen sind diese Gründe schon bei der Feststellung des Getrenntlebens selbst zu beachten. Zum Wegfall der häuslichen Gemeinschaft als rein äußerem Zustand und dem darauf gerichteten Willen muß ein bestimmtes Motiv, die Ablehnung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinzutreten. Damit ist ein Element des materiellen Zerrüttungsbegriffs (§ 1565 Abs. 2 BGB) in den Tatbestand des Getrenntlebens aufgenommen und verbürgt, daß das Getrenntleben in jedem Fall ein ernstes eheliches Zerwürfnis anzeigt. Der Begriff des Getrenntlebens ist somit präzise genug, um nach Ablauf von drei Trennungsjahren auch bei einer streitigen Scheidung die unwiderlegbare Vermutung zu rechtfertigen, daß

1) BGHZ 4, 279 (281); BGHZ 38, 267 (269).

2) Hoffmann-Stephan, § 48 Rz. 23.

3) Dölle I, § 39 IV 2 a (S. 535); Habscheid, S. 362 m.w.Nachw..

die Ehe gescheitert ist¹. Er wird der Funktion des Getrenntlebens als selbständiger formaler Indikator für das Scheitern der Ehe gerecht.

Bei der Bestimmung des Begriffs Getrenntleben im einzelnen soll zunächst das Getrenntleben außerhalb der ehelichen Wohnung behandelt werden. Danach wird auf den wesentlich problematischeren Sonderfall des Getrenntlebens innerhalb der ehelichen Wohnung eingegangen.

1.1 Getrenntleben außerhalb der ehelichen Wohnung

1.1.1 Erste Voraussetzung: Keine häusliche Gemeinschaft

Die Feststellung, daß zwischen den Eheleuten keine häusliche Gemeinschaft besteht, bereitet im allgemeinen keine Schwierigkeiten, wenn die Eheleute keinen gemeinsamen Hausstand begründen oder wenn sie ihn später aufgeben. Hierbei ist gleichgültig, ob das freiwillig oder unfreiwillig geschieht. Der Auszug aus der ehelichen Wohnung beendet die häusliche Gemeinschaft in gleicher Weise wie die lebenslange Haft eines Ehegatten.

Beim Getrenntleben außerhalb der ehelichen Wohnung erweisen sich lediglich die Fälle als problematisch, in denen ein Ehegatte nur vorübergehend der ehelichen Wohnung fernbleibt. Hier ist festzuhalten, daß nicht jede Abwesenheit den Wegfall der häuslichen Gemeinschaft zur Folge hat². Solange sich der Abwesende keinen eigenen Le-

1) BVerfG, NJW 80, 689 (690); BGH, NJW 79, 978 (979).

2) So schon RGZ 53, 337 (342).

bensbereich aufbaut, sondern nach wie vor in die Organisation des ehelichen Haushalts einbezogen ist - wie bei einer Urlaubsreise, einem Krankenhaus- oder Kuraufenthalt -, besteht die häusliche Gemeinschaft fort. Etwas anderes gilt, wenn sich die Eheleute auf ihre räumliche Trennung eingerichtet haben: Verbringt ein Ehegatte längere Zeit in Haft oder muß er sich aus beruflichen Gründen für eine geraume Weile im Ausland aufhalten, wird das Bestehen der häuslichen Gemeinschaft in der Regel zu verneinen sein¹.

Die Frage, wie einschneidend eine vorübergehende räumliche Trennung der Eheleute sein muß, damit die häusliche Gemeinschaft der beiden entfällt, wurde von der Rechtsprechung bislang nicht isoliert erörtert. Das OLG Hamm², das KG³ und das OLG Bamberg⁴ halten sich in ihren Entscheidungen zur berufs- und haftbedingten Trennung nicht erst mit der Prüfung auf, ob die häusliche Gemeinschaft besteht oder nicht, sondern sie untersuchen wie bisher unter dem Stichwort "Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft" sogleich die Frage, ob die Trennung der Eheleute auf der Ablehnung der häuslichen Gemeinschaft beruht. Dies Vorgehen ist zwar vom Aufbau des § 1567 BGB her betrachtet nicht ganz korrekt, jedoch angesichts des aus-

-
- 1) Im Ergebnis wie hier auch MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 20 und 21, der allerdings darauf abstellt, ob sich die Trennung nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge erklären läßt.
 - 2) OLG Hamm, FamRZ 78, 190.
 - 3) KG FamRZ, 78, 342.
 - 4) OLG Bamberg, FamRZ 81, 52.

schlaggebenden Gewichts, welches den subjektiven Erfordernissen beim Getrenntleben zukommt, sinnvoll. Auch eine zunächst als bloße Abwesenheit einzustufende räumliche Trennung schlägt in eine Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft um, sobald einer der Ehegatten den Entschluß deutlich werden läßt, die Gemeinschaft mit dem anderen nicht wieder aufnehmen zu wollen¹.

1.1.1 Zweite Voraussetzung: der Wille zur Trennung

Getrenntleben erfordert weiter, daß zumindest ein Ehegatte die häusliche Gemeinschaft erkennbar nicht herstellen will. Es genügt nicht, daß er die räumliche Trennung von seinem Ehepartner hin- nimmt; er muß sie bejahen. Daher leben die Ehe- leute nicht getrennt, wenn sie ohne ihr Zutun für längere Zeit getrennt werden, wie bei einer lang- jährigen Haftstrafe, Kriegsgefangenschaft oder Verschleppung. Gleiches gilt, wenn ein Ehegatte infolge Arbeitslosigkeit gezwungen ist, in einer anderen Stadt oder in einem anderen Land zu leben und zu arbeiten. Hier besteht lediglich die häus- liche Gemeinschaft nicht mehr, der Wille zum Zu- sammenleben ist dagegen noch vorhanden. Indes wird die häusliche Gemeinschaft freiwillig ge- löst, wenn ein Ehegatte im Hinblick auf bessere Verdienstmöglichkeiten ins Ausland geht. Eine solche Trennung bleibt scheidungsrechtlich allein deshalb irrelevant, weil das letzte Tatbestands- merkmal des Getrenntlebens, die Ablehnung der

1) Gernhuber, § 27 VII 3 (S. 315); Soergel/Roth- Stielow, § 1567 Rz. 16; Rolland, § 1567 Rz. 5; Erman-Ronke, § 1567 Rz. 4; Palandt-Diede- richsen, § 1567, 2 b.

ehelichen Lebensgemeinschaft, nicht erfüllt ist. Im Schrifttum werden die Fälle der berufsbedingten Trennung allerdings häufig ohne weitere Differenzierung als unfreiwillige Trennungen eingestuft¹. Diese Argumentation - aus der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 48 EheG übernommen² - ist jedoch angesichts der präziseren Fassung der subjektiven Merkmale des Getrenntlebens in § 1567 BGB nicht mehr angemessen. Die Behauptung, eine auf äußere Umstände zurückzuführende Trennung stelle keine freiwillige Beendigung der häuslichen Gemeinschaft dar, geht in vielen Fällen an dem tatsächlichen Willen der Eheleute vorbei³. Darüber hinaus läßt sie auch das letzte Tatbestandsmerkmal des Getrenntlebens weitgehend leerlaufen. Denn in den Fällen, in denen auch die Vertreter der herrschenden Meinung eine freiwillige Trennung der Eheleute bejahen, müssen sie schon aus dieser Tatsache die Vermutung ableiten, daß die eheliche Lebensgemeinschaft abgelehnt wird⁴.

1.1.3 Dritte Voraussetzung: die Ablehnung der ehelichen Lebensgemeinschaft

Zum Getrenntleben gehört letztlich, daß die Ablehnung der häuslichen Gemeinschaft auf der Ab-

1) Ambrock, § 1567 II, 2; Palandt-Diederichsen, § 1567, 2 b; Gernhuber, § 27 VII 3 (S. 315); MünchKomm-Wolf, § 1567, Rz. 37.

2) BGHZ 4, 279 (280); BGHZ 38, 266 (268).

3) Schwab, Handbuch, Rz. 118; vgl. auch Kissel, Bd. I, S. 87.

4) So tatsächlich MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 45 und 54; Rolland, § 1567 Rz. 6.

lehnung der ehelichen Lebensgemeinschaft beruht. Damit ist ein Element des Scheiterns der Ehe, nämlich die fehlende Bereitschaft zur ehelichen Lebensgemeinschaft, in den Tatbestand des Getrenntlebens aufgenommen. Die daraus resultierende Befürchtung, der Familienrichter müsse nunmehr schon bei der Feststellung des Getrenntlebens eine "kleine Zerrüttungsprüfung" vornehmen¹, ist jedoch unbegründet². Es geht nicht darum, die völlige Abkehr und innere Entfremdung von dem anderen Ehepartner und damit das Nichtbestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft festzustellen. Ansonsten würden die beiden unwiderlegbaren Vermutungen des § 1566 BGB ihren Zweck verfehlen, in denen doch umgekehrt das Getrenntleben das Scheitern der ehelichen Beziehung indizieren soll³. § 1567 BGB fordert die ablehnende Haltung gegenüber der ehelichen Lebensgemeinschaft nur, um innerhalb der willentlichen Trennungen diejenigen herauszukristallisieren, die auf einer Krise in der ehelichen Beziehung beruhen.

Von dieser Warte her sind die - in der Praxis nicht seltenen - Fälle zu beurteilen, in denen ein Ehepartner die häusliche Gemeinschaft auflöst, um in einer ehelichen Krise Abstand zu gewinnen und sich über seinen Wunsch nach einer endgültigen Trennung klarzuwerden. Auf den ersten

1) Niederschrift über die 11. Sitzung des Unterausschusses des Rechtsausschusses des Bundestages, S. 10. Zitiert nach MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 11; Schwab, FamRZ 76, 500.

2) Schwab, FamRZ 76, 499 f.; Kissel Bd. I, S. 87.

3) Rolland, § 1567 Rz. 6; Gernhuber, § 27 VII 3 (S. 315); Schwab, FamRZ 76, 500; vgl. auch Hillermeier, FamRZ 76, 578 Anm. 27.

Blick erscheint zweifelhaft, ob diese Haltung bereits eine Ablehnung der ehelichen Lebensgemeinschaft darstellt. Vergegenwärtigt man sich jedoch, daß mit Hilfe des Motivs lediglich die auf persönlichen Konflikten beruhenden Trennungen herausgefiltert werden sollen, so ist klar, daß an die Ablehnung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden dürfen¹. Ein Ehegatte lehnt die Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft daher auch dann ab, wenn er sich in seinem inneren Widerstand gegen den Partner noch nicht ganz sicher weiß². Die Trennung liegt in diesem Fall eindeutig an den persönlichen Schwierigkeiten der Eheleute miteinander. Dieses Ergebnis verträgt sich zudem allein mit der dem Getrenntleben zugedachten Funktion als einer Zeit der Besinnung. Es wäre ein offener Widerspruch, wollte man einerseits das Getrenntleben als eine Zeit des Überlegens und der Prüfung ansehen, andererseits all jenen Ehegatten, die diese Möglichkeit bewußt wahrnehmen wollen, entgegenhalten, sie lebten nach der Definition des Getrenntlebens in § 1567 BGB noch nicht getrennt.

Die Entscheidung eines Ehegatten, mit dem anderen nicht mehr in häuslicher Gemeinschaft leben zu wollen, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt, muß nach außen erkennbar zutage treten. Dies ist insbesondere dann wichtig, wenn die Eheleute zunächst aufgrund äußerer Umstände räumlich

1) AK/Lange-Klein, § 1567 Rz. 9.

2) Schwab, FamRZ 76, 500; ders., Handbuch, Rz. 119; Gernhuber, § 27 VII 3 (S. 315); Rolland, § 1567 Rz. 6; a.A. Ambrock, § 1567 II 4.

getrennt waren und die Ablehnung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft etwas später hinzutritt¹. Allerdings braucht die subjektive Einstellung eines Ehegatten zur Trennung nicht in jedem Fall dem Partner ausdrücklich mitgeteilt zu werden². Sie kann sich für jenen auch aus den gesamten Umständen ergeben³. In jedem Fall aber muß der Wille zur Trennung und die Ablehnung der ehelichen Lebensgemeinschaft für den Ehepartner eindeutig und unmißverständlich sein. Eine Kundgabe nur der Ablehnung der häuslichen Gemeinschaft reicht ebensowenig aus⁴, wie eine Kundgabe der subjektiven Einstellung nur Dritten gegenüber ohne Bezug zum Ehegatten⁵. Das Getrenntleben kann seine Funktion als Zeit der Schonung und Umstellung nur erfüllen, wenn der verlassene Ehegatte seinerseits die Trennung als eine ernsthafte Störung der ehelichen Gemeinschaft auffassen muß.

1) BTDrucks. 7/650, S. 114.

2) A.a.O.

3) Erman-Ronke, § 1567 Rz. 4; AK/Lange-Klein, § 1567 Rz. 8; MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 42; Gernhuber, § 27 VII 3 (S. 315 f.); Ambrock, § 1567 II 2. Vgl. aus der Praxis OLG Hamm, FamRZ 78, 190 (im Sudan tätiger Ehemann zwang seine Frau, nach Deutschland zurückzukehren); OLG Bamberg, FamRZ 81, 52 (die Ehefrau erhob gegen den in Strafhaft befindlichen Ehemann die Scheidungsklage).

4) So aber MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 53.

5) AK/Lange-Klein, § 1567 Rz. 8; Erman-Ronke, § 1567 Rz. 4; a.A. Rolland, § 1567 Rz. 5; sogar bei planmäßiger Verheimlichung gegenüber dem Ehegatten MünchKomm-Wolf, § 1567 Rz. 43; Gernhuber, § 27 VII 3 (S. 315 f.).

1.2 Getrenntleben innerhalb der Ehewohnung

Nach § 1567 Abs. 1 S. 2 BGB können die Eheleute auch innerhalb der Ehewohnung getrennt leben. Aufgrund ihres mißglückten Wortlauts enthält diese Vorschrift jedoch keinen Hinweis, wie scharf der Trennungsstrich zwischen den Eheleuten bei dieser besonderen Form des Getrenntlebens sein muß. § 1567 Abs. 1 S. 2 BGB besagt lediglich, daß eine häusliche Gemeinschaft auch dann nicht besteht, wenn die Ehegatten innerhalb der ehelichen Wohnung getrennt leben. Das Gesetz verwendet also den Gesamtbegriff "Getrenntleben", um den objektiven Teil dieses Begriffs - das Fehlen der häuslichen Gemeinschaft - zu erläutern¹. Dies macht den Wortlaut der Norm für eine nähere Interpretation unbrauchbar.

Ein Blick in die Begründung zum Regierungsentwurf des 1. EheRG zeigt, daß mit § 1567 Abs. 1 S. 2 BGB die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 48 EheG aufgegriffen werden sollte². Diese vertrat den Standpunkt, daß die häusliche Gemeinschaft auch dann aufgehoben sei, wenn die Eheleute "eine vollkommene tatsächliche Trennung" innerhalb der ehelichen Wohnung durchgeführt hätten³. Mit Rücksicht auf die Absicht des Gesetzgebers, vor allem aber mit Rücksicht

1) Ein Zirkelschluß, meint Kissel, I, S. 88. A.A. - im Hinblick auf die ergänzende adverbiale Bestimmung des Ortes - Adomeit, Rechtstheorie, S. 33 und S. 186.

2) BTDrucks. 7/650, S. 114.

3) RGZ 159, 115; 167, 301 (305) (m. Anm. v. Scanzoni, DR (Ausgabe A) 42, 86); BGH MDR, 69, 207; OLG Celle, MDR 58, 164.

auf die unwiderlegbare Zerrüttungsvermutung des § 1566 Abs. 2 BGB übernimmt ein Großteil der Gerichte und Kommentatoren diese Formel auch für das geltende Recht. Wie bisher werden ausgesprochen strenge Anforderungen an das Getrenntleben innerhalb der Ehewohnung gestellt. Die Ehegatten müssen nicht nur die räumliche Trennung soweit als möglich durchführen, sondern auch sämtliche Tätigkeiten, die Ausdruck eines gemeinsamen Haushalts sind, einstellen¹. Lediglich Rudimente von Gemeinsamkeiten hindern ein Getrenntleben innerhalb der ehelichen Wohnung nicht, zum Beispiel das gelegentliche Wechseln der Bettwäsche alle drei Monate². Dagegen schadet es der Trennung im häuslichen Bereich, wenn ein Ehepartner für die gesamte Familie regelmäßig einkauft und kocht, oder wenn er noch die gemeinsame Wäsche besorgt³.

Die Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung fand vor allem in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten des 1. EheRG Kritik. Anlaß war § 1565 Abs. 2 BGB, der eine Scheidung vor Ablauf des ersten Trennungsjahres außerordentlich erschwert

1) OLG Köln, FamRZ 78, 34 (im Ergebnis bestätigt durch BGH, NJW 79, 105); OLG Karlsruhe, NJW 78, 1534; OLG Frankfurt, FamRZ 78, 595; OLG Celle, NdsRpfl 77, 247; Palandt-Diederichsen, § 1567, 2; Soergel/Roth-Stielow, § 1567 Rz. 3, 11, 12, 21 - 23; Henrich, § 14 III 1 a (S. 94); Kissel, Bd. I, S. 88; Giesen, JR 80, 179; Brüggemann, FamRZ 78, 92; Diederichsen, NJW 77, 277.

2) OLG Hamm, FamRZ 78, 511.

3) OLG Köln, FamRZ 78, 34; OLG Karlsruhe, NJW 78, 1534; OLG Frankfurt, FamRZ 78, 595.

und damit eine Mindesttrennungszeit von einem Jahr im Regelfall zur Scheidungsvoraussetzung macht. Die Gefahr einer sozial gestuften Scheidungsbarriere - wie Schwab es nennt¹ - war rasch deutlich geworden und man suchte, ihr durch eine mildere Auslegung des § 1567 Abs. 1 S. 2 BGB zu begegnen. Die Scheidung einer zerrütteten Ehe sollte nicht an der Hürde des § 1567 Abs. 2 BGB scheitern, wenn ein sozial schwacher Ehepartner nicht in der Lage gewesen sei, sich eine neue Wohnung zu beschaffen oder in der Ehewohnung eine vollkommene tatsächliche Trennung durchzuführen. Damrau² hat die Anforderungen an das Getrenntleben innerhalb der Ehewohnung am weitesten zurückgenommen. Ihm zufolge fehlt die häusliche Gemeinschaft schon dann, wenn zwar noch Reste ursprünglich vorhandener Gemeinsamkeiten im Verhältnis der Gatten zueinander bestehen, aber als maßgeblich empfundene andere Gemeinsamkeiten aufgrund der Ablehnung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr bestehen³. Die Rechtsprechung argumentierte vorsichtiger. So vertrat das OLG München die Ansicht, eine Trennung der Eheleute innerhalb der Ehewohnung liege auch dann vor, wenn etwa verbliebene Gemeinsamkeiten in der Haushaltsführung aus wirtschaftlichen Gründen unvermeidlich seien⁴. Und auf dem 1. Familienge-

1) Schwab, FamRZ 79, 16.

2) Damrau, NJW 77, 1623.

3) A.a.O.

4) OLG München, FamRZ 78, 596; vgl. auch AG Lörrach und AG Bad Schwalbach nach einer Mitteilung der NJW in NJW 78, 1811.

richtstag in Brühl wurde hinzugesetzt, Gemeinsamkeiten, die nur mit Rücksicht auf die Kinder aufrechterhalten würden, hinderten die Annahme eines Getrenntlebens ebenfalls nicht¹.

Vor- und Nachteile dieser beiden gegensätzlichen Interpretationen des § 1567 Abs. 1 S. 2 BGB liegen auf der Hand. Die an die frühere Rechtsprechung anknüpfende Auslegung setzt klare Maßstäbe für das Getrenntleben innerhalb der Ehewohnung, was vor allem der Rechtssicherheit zugute kommt. Aber sie neigt dazu, die Abgrenzung der Ehegatten im räumlich-gegenständlichen Bereich überzubetonen. Und sie muß sich den Vorwurf sozialer Härte gefallen lassen. Gerade in diesem Punkt liegt die Stärke der neuen Deutung des § 1567 Abs. 1 S. 2 BGB. Sie erlaubt eine differenzierte Betrachtung der wirtschaftlichen und sozialen Möglichkeiten eines Ehegatten zur getrennten Haushaltsführung. Positiv ist auch, daß sich die Feststellung des Getrenntlebens vorrangig an der Lebensgestaltung orientiert, wie sie zwischen den Ehepartnern bis zur Trennung existierte. Aber andererseits ist die Gefahr nicht zu verkennen, daß der Begriff des Getrenntlebens seine Konturen verliert und das Getrenntleben die ihm zuge dachte Funktion als selbständiger Indikator für das Scheitern der Ehe nicht mehr erfüllen kann. Die unwiderlegbare Vermutung des Scheiterns der Ehe nach § 1566 Abs. 2 BGB erscheint problematisch, wenn während des Getrennt-

1) Entschlie ßung des Arbeitskreises 2 des 1. Familiengerichtstages: Brühl - 7. 10. 1978, FamRZ 78, 845 f.

lebens die äußere Form früheren ehelichen Zusammenlebens noch in manchen Teilen gewahrt bleiben kann.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verweisen sich die Grenzen zwischen den beiden gegensätzlichen Interpretationen des § 1567 Abs. 1 S. 2 BGB. Den ersten Schritt in diese Richtung hat der BGH mit seiner Entscheidung vom 14. Juni 1978 - IV ZR 164/77 -¹ getan. Ohne auf die divergierenden Meinungen zum Getrenntleben innerhalb der Ehwohnung einzugehen, korrigierte der IV. Senat in diesem Urteil die Formel von der vollkommenen tatsächlichen Trennung. Dieses Erfordernis könne für die Fälle, in denen die Eheleute (noch) in derselben Wohnung leben, nicht wortwörtlich genommen werden, da bei einem Wohnen in ein- und derselben Wohnung zumindest die gemeinsame Benutzung einzelner Räume (Flur, Küche, Toilette, Bad) und eine gelegentliche Absprache über deren Benutzung nicht auszuschließen sei. Allerdings dürfe bei solchen Wohnverhältnissen kein gemeinsamer Haushalt geführt werden und keine wesentlichen persönlichen Beziehungen zwischen den Eheleuten bestehen².

Obwohl diese neuen Grundsätze des BGH noch dicht bei der bisherigen Rechtsprechung angesiedelt sind, läßt die vorsichtige und bewußt knappe Formulierung hiervon erheblich abweichende Ergebnisse zu. Das Getrenntleben ist nicht wie bisher schon wegen einzelner Sorgeleistungen des einen

1) BGH, FamRZ 78, 671 = NJW 78, 1810.

2) A.a.O.

Ehegatten für den anderen ausgeschlossen. Denn - wie Schwab zutreffend bemerkt - die Führung eines gemeinsamen Haushalts setzt voraus, daß die Eheleute wesentliche dem Haushaltsbereich zugehörige Lebensbedürfnisse im Zusammenwirken miteinander und aus einer gemeinsamen Kasse befriedigen¹. Vereinzelte Sorgetätigkeiten, die aus Gutmütigkeit erwiesen werden oder in der Absicht, den anderen aus Küche und Bad möglichst fernzuhalten, genügen hierfür nicht.

Der Spielraum, der durch die Formulierung des BGH entstanden ist, läßt sich am besten an Beispielen aus der Rechtsprechung aufzeigen. So können Eheleute nach Ansicht des BGH auch dann innerhalb der Ehewohnung getrennt leben, wenn einer der Ehegatten krank und auf die Hilfe des anderen angewiesen ist. Er müsse hier die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft in dem nach den gegebenen Umständen weitestmöglichen Umfang herbeiführen². Und das OLG Karlsruhe geht unter Berufung auf den BGH noch einen Schritt weiter. In diesem Fall hatte die Frau ihrem Mann noch regelmäßig das Frühstück zubereitet, gemeinsam mit ihm und dem Kind zu Abend gegessen und hin und wieder mit (oder besser) neben ihrem Mann ferngesehen. Das Gericht gab der Scheidungsklage des Mannes nach § 1565 Abs. 1 BGB statt. Es wertete die verbliebenen Gemeinsamkeiten im täglichen Leben als gering und betonte die Trennung der beiden in ihrer persönlichen Beziehung (Abwesenheit des Mannes an den Wochenenden; Gespräche, die sich auf das Notwendigste beschränken; getrennt ver-

1) Schwab, FamRZ 76, 502.

2) BGH FamRZ 79, 469 = NJW 79, 1360.

brachter Urlaub; Trennung in der Freizeit)¹. In einem ähnlich gelagerten Fall verneint das OLG Köln zwar ein Getrenntleben der Eheleute, gibt aber immerhin zu erkennen, daß es Gemeinsamkeiten, die nur der Kinder wegen aufrechterhalten werden, toleranter gegenübersteht².

Die neue Tendenz der Rechtsprechung, mit Hilfe einer nicht allzu kleinlichen Gewichtung verbliebener Gemeinsamkeiten die Abgrenzung im räumlich-gegenständlichen Bereich zu ziehen, ist zu begrüßen³. Sie kommt vor allem den Kindern zugute, die unter jeglicher Form des Getrenntlebens ihrer Eltern ohnehin zu leiden haben. Der Preis ist allerdings eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Welche Gemeinsamkeiten können außer Acht gelassen werden, weil sie nicht so wesentlich sind, um schon den Tatbestand einer gemeinsamen Haushaltsführung zu erfüllen? Wann stellt sich ein gelegentliches Zusammentreffen der Ehegatten als "bloßes räumliches Nebeneinander ohne persönliche Beziehung"⁴ dar? Wie schwierig diese Abgrenzungsprobleme sein können, macht das Urteil des OLG Köln, FamRZ 82, 807 deutlich. Bei der Prüfung, ob die Eheleute in diesem Fall die häusliche Gemeinschaft nur eingeschränkt oder schon auf-

1) OLG Karlsruhe, FamRZ 80, 52. Auch OLG Köln, NJW 78, 2556 bejaht ein Getrenntleben der Eheleute, obwohl sie das Schlafzimmer gemeinsam benutzten, die Antragstellerin die gemeinsame Wäsche besorgte und der Antragsgegner zumindest teilweise die Mahlzeiten für die gesamte Familie zubereitete.

2) OLG Köln, FamRZ 82, 807.

3) Zustimmend auch Rolland, § 1567 2 c; Erman-Ronke, § 1567 Rz. 3 a; AK/Lange-Klein, § 1567 Rz. 4, 5 und 7.

4) BGH, FamRZ 78, 671 (672).

gehoben hatten, versuchte das Gericht sogar zu klären, ob die Ehefrau oder aber die Tochter jeweils den Tisch für den Antragsgegner mitgedeckt hatte!¹

Diese Unsicherheit mag ein Grund sein, weshalb es um den Begriff des Getrenntlebens in letzter Zeit still geworden ist. Der Hauptgrund muß jedoch darin gesehen werden, daß selbst ein etwas großzügigerer Maßstab bei der Annahme des Getrenntlebens innerhalb der ehelichen Wohnung dieses kaum spürbar erleichtert. So oder so, das Getrenntleben innerhalb der ehelichen Wohnung ist ein untragbarer Zustand für die gesamte Familie. Es schafft zusätzliche Reibungsflächen zwischen den Ehegatten, die die bestehenden Spannungen aufs Äußerste treiben können. Die Praxis ist daher andere Wege gegangen, einmal über die Scheidung nach § 1565 Abs. 2 BGB, die bei Ehen aus sozial schwachen Schichten nicht allzu selten ausgesprochen wird², vor allem aber über die Zuweisung der Ehewohnung zum Zweck des Getrenntlebens³.

2. DAS RECHT ZUM GETRENNTLEBEN

Wird ein Ehegatte, der aus der Ehewohnung ausziehen will, von seinem Partner zum Bleiben aufgefordert, so stellt sich für ihn die Frage, ob

1) OLG Köln, FamRZ 82, 807.

2) Vgl. Caesar-Wolf/Zahlmann-Willenbacher/Voegel/Eidmann, S. 19.

3) Siehe unten Kap. 3, S. 71 ff.

er dieses Verlangen ohne weiteres ablehnen kann oder ob er sich hierfür auf ein Recht zum Getrenntleben berufen können muß. Antwort auf diese Frage gibt das Gesetz im Rahmen der Generalklausel des Eherechts, § 1353 BGB.

Nach § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB sind die Eheleute einander zu ehelicher Lebensgemeinschaft verpflichtet. Diese Pflicht entfällt jedoch, wenn sich das Verlangen des anderen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechts darstellt oder wenn die Ehe gescheitert ist (§ 1353 Abs. 2 BGB).

Es ist fraglich, ob die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft auch die Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft umfaßt. Die herrschende Lehre bejaht das¹, da die häusliche Gemeinschaft seit jeher als notwendiger äußerer Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft angesehen wurde², und das l. EHeRG Inhalt und Umfang der Pflicht zur ehelichen

-
- 1) Palandt-Diederichsen, § 1353, 2 b, bb; Rolland, § 1353, Rz. 11; BGB-RGRK (Roth-Stielow), § 1353, Rz. 15; Soergel-Lange, § 1353 Rz. 3 und 8; Erman-Heckelmann, § 1353 Rz. 16; MünchKomm-Wacke, § 1353 Rz. 29; Bastian, Roth-Stielow, Schmeiduch, § 1353 Rz. 15; Ambrock, § 1353 II 8; Beitzke, S. 63; Bergerfurth, Rz. 76; Henrich, § 7 III 1 b (S. 34); Finger, S. 109; Gastinger, S. 35; Kissel, Bd. I, S. 46 und 48; Giesen, JR 83, 91.
- 2) RGZ 53, 337 (340); RGZ 137, 102 (103), BGH, NJW 57, 300.

Lebensgemeinschaft nicht ändern wollte¹. Jede Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft kommt nach dieser Auffassung nur unter den Voraussetzungen des § 1353 Abs. 2 BGB in Betracht. Selbst die bloße Trennung in der Haushaltsführung vereinbart sich danach lediglich in Ausnahmefällen mit der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, beispielsweise dann, wenn sie aus beruflichen Gründen erforderlich ist und jedes Verlangen nach Änderung mißbräuchlich wäre².

Die herrschende Lehre mit ihrem Katalog verbindlicher Einzelpflichten wird jedoch der erklärten Absicht des 1. EheRG nicht gerecht, die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch die Ehegatten in den Mittelpunkt zu stellen³. Eine Interpretation des § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB, die auf einen solchen Katalog verzichtet und die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft in generalisierender Form umschreibt, ist daher vorzuziehen⁴. § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet die Ehegatten lediglich, sich in allen wichtigen Angelegenheiten des ehelichen Lebens um eine Einigung zu bemühen, einander beizustehen

1) BTDrucks. 7/650, S. 95.

2) BGB-RGRK (Roth-Stielow), § 1353, Rz. 102; Rolland, § 1353 Rz. 11; Soergel-Lange, § 1353, Rz. 8; Erman-Heckelmann, § 1353 Rz. 16; Münch-Komm-Wacke, § 1353 Rz. 29; Bastian, Roth-Stielow, Schmeiduch, § 1353 Rz. 17; Beitzke, S. 63; Finger, S. 109.

3) BTDrucks. 7/650, S. 95.

4) AK/Lange-Klein, § 1353 Rz. 2; Gernhuber, § 18 V 1 (S. 177 f.).

und zu helfen¹. Die Frage, ob die häusliche Gemeinschaft zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehören soll, wird durch § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB nicht vorwegentschieden, sondern muß von den Ehegatten selbst beantwortet werden und bleibt ihnen überlassen.

Diese Interpretation des Begriffs "eheliche Lebensgemeinschaft" in § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB führt jedoch in Bezug auf das Getrenntleben zum gleichen Ergebnis wie die herrschende Lehre: es ist nur unter den Voraussetzungen des § 1353 Abs. 2 BGB rechtmäßig. Denn Getrenntleben ist mehr als nur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft. Es ist immer gegen die eheliche Lebensgemeinschaft selbst gerichtet (vgl. die Definition des Getrenntlebens in § 1567 Abs. 1 BGB: "... weil die eheliche Lebensgemeinschaft abgelehnt wird".) Und eine Absage an die eheliche Lebensgemeinschaft insgesamt kann nach § 1353 Abs. 2 BGB nur dann erteilt werden, wenn sich das Verlangen des anderen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als mißbräuchlich darstellt oder wenn die Ehe gescheitert ist².

Das BGB unterscheidet also nach wie vor zwischen berechtigtem und unberechtigtem Getrenntleben. Diese Tatsache überrascht. Denn seit der Durchsetzung des Zerrüttungsprinzips steht das Schei-

1) BTDrucks. 7/650, S. 95.

2) Von dem Recht zum Getrenntleben ist die bloße Gestattung des Getrenntlebens nach § 620 Ziff. 5 ZPO zu unterscheiden. Als prozeßbegleitende Regelung setzt sie kein Recht zum Getrenntleben voraus (OLG Celle, NdsRpfl 67, 206 mit Bezug auf RG 46, 382 (385); KG, NJW 74, 1338; str.).

dungsrecht dem Getrenntleben neutral gegenüber - § 1567 BGB beschreibt das Getrenntleben frei von jeder Schuldzumessung - und weist ihm darüber hinaus eine zentrale Rolle bei der Durchführung der Scheidung zu. Man fragt sich, ob ein Anwalt wohl auf Verständnis stößt, wenn er in einer Scheidungssache seinen Mandanten einerseits auf die grundsätzlich erforderliche Trennungszeit von einem Jahr hinweist, andererseits aber die mögliche Rechtswidrigkeit dieser Trennung zu bedenken gibt. Das Gesetz scheint auf der einen Seite zu fordern, was es auf der anderen Seite nicht (in allen Fällen) erlaubt.

Hier gilt es jedoch, einem Mißverständnis vorzubeugen. Wenn das geltende Recht die Voraussetzungen der Scheidung und ihrer Folgen losgelöst vom ehelichen Verschulden regelt, so heißt das nicht, daß das Gesetz eheliches Verschulden nicht mehr kennt. Es ist gerade die Eigenart des Zerrüttungsprinzips, daß es den Zusammenhang zwischen dem Recht der ehelichen Pflichten und dem Scheidungsrecht zerschneidet. Ehescheidung setzt das "Scheitern" der Ehe, sowie in der Regel einjähriges Getrenntleben voraus. Die Reihe der Eheverfehlungen, die in der Regel zum Scheitern der Ehe führt, wird damit von der Rechtsordnung ebensowenig gutgeheißen oder akzeptiert, wie eine Trennung, die nicht mit § 1353 Abs. 2 BGB vereinbart werden kann.

Inkonsequenz kann man dem geltenden Recht daher nicht vorwerfen. Der Gesetzgeber durfte die Scheidung im Rahmen des Zerrüttungsprinzips vom Ablauf bestimmter Trennungsfristen (insbesondere von der Mindesttrennungszeit des § 1565

Abs. 2 BGB) abhängig machen, ohne gleichzeitig auf jegliche Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Getrenntleben verzichten zu müssen. Ob es aber zeitgemäß war, § 1353 Abs. 2 BGB im geltenden Recht beizubehalten, ist mehr als fraglich¹. § 1353 Abs. 2 BGB macht die Pflicht zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft, sowie das Recht zum Getrenntleben zu gerichtlich einklagbaren Rechtspositionen². Eine solche Verrechtlichung der Ehe in ihrem persönlichen Kern ist jedoch nur schwer gutzubeißen. Der Wille, mit dem Ehepartner zusammenzuleben, muß ein freier Wille sein. Als rechtlich erzwungene Entscheidung ist er wertlos. Bei den betroffenen Eheleuten hat sich diese Haltung auch längst durchgesetzt. Das "Recht auf Trennung" wird immer selbstverständlicher beansprucht und zugebilligt. Deutlichstes Zeichen hierfür ist die verschwindend geringe Zahl der Klagen, die auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaften oder umgekehrt auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben gerichtet sind³.

An der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen berechtigtem und unberechtigtem Getrenntleben hat die Eherechtsreform des Jahres 1977 nicht ge-

-
- 1) Für eine ersatzlose Streichung des § 1353 Abs. 2 BGB plädieren MünchKomm-Wacke, § 1353 Rz. 6 - 9; ders., FamRZ 77, 507; AK/Lange-Klein, § 1353 Rz. 12; Wieczorek, § 606 ZPO, B I e l.
 - 2) MünchKomm-Wacke, § 1353, Rz. 6 und Anm. 31 zu Rz. 6; Schwab, Familienrecht, Rz. 118.
 - 3) Im Jahr 1979 waren 99,2 % aller erledigten Ehesachen Scheidungsverfahren und nur 0,8 % sonstige Eheverfahren (Statistisches Jahrbuch, 1983, S. 328).

rüttelt. Aber in der Frage, wann ein Recht zum Getrenntleben besteht, wirken sich das gewandelte Eheverständnis des 1. EheRG und die Einführung des Zerrüttungsprinzips aus. Dies sei für die beiden Alternativen des Rechts zum Getrenntleben aufgezeigt.

2.1 Erste Alternative des § 1353 Abs. 2 BGB

Bei der ersten Alternative des Rechts zum Getrenntleben muß der zur Herstellung bzw. Beibehaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft aufgeforderte Ehegatte einwenden können, das Verlangen seines Partners sei rechtsmißbräuchlich. Diese Bestimmung hat das 1. EheRG aus § 1353 Abs. 2 S. 1 BGB aF unverändert übernommen. Daher kann man bei ihrer Auslegung von der Handhabung des Mißbrauchseinwands im alten Recht ausgehen und wie folgt verfahren: Ob eine Aufforderung zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft mißbräuchlich ist, läßt sich immer nur für den konkreten Einzelfall entscheiden¹. Man muß das Herstellungsverlangen jedoch nach zwei Richtungen hin überprüfen, nämlich in subjektiver und in objektiver Hinsicht².

Subjektiv mißbräuchlich ist das Herstellungsverlangen, wenn es sich mit ehelicher Gesinnung

1) RG, WarnRspr. 1920, Nr. 79; RG, WarnRspr. 1914, Nr. 191; vgl. auch BTDrucks. 7/650, S. 96.

2) Staudinger-Hübner, § 1353, Rz. 34.

nicht vereinbaren läßt¹. Hier ist der Leitgedanke maßgebend, daß nur derjenige Ehegatte das ihm zustehende Recht fordern darf, der seinerseits seine ehelichen Pflichten erfüllt². Unter diesem Gesichtspunkt besteht ein Recht zum Getrenntleben, wenn der andere Ehepartner die Herstellung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft nur zum Schein verlangt, selbst jedoch nicht dazu bereit ist³. Ein Recht zum Getrenntleben kommt aber vor allem dann in Frage, wenn der andere durch eigene schwere Eheverfehlungen zumindest vorübergehend sein Recht auf eheliches Zusammenleben verspielt hat, also bei Mißhandlung des Ehepartners, bei hartnäckiger Verweigerung des Unterhalts u.ä.⁴. In diesem Zusammenhang werden unverkennbar Schuldfragen relevant. Das ist jedoch nicht systemwidrig, obwohl Scheidung, Scheidungs- und Getrenntlebensfolgen ohne Rücksicht auf ehe-

-
- 1) Staudinger-Hübner, a.a.O.; Palandt-Diederichsen, § 1353, 3 a; MünchKomm-Wacke, § 1353 Rz. 36; BGB-RGRK (Roth-Stielow), § 1353 Rz. 100, jeweils im Anschluß an frühere höchstrichterliche Rechtsprechung. Die Formulierung geht zurück auf Planck, 2. Beratung im Plenum des Reichstages, Mugdan, Gesammelte Materialien zum BGB, Bd. 4, S. 1312 f.
 - 2) OLG Köln, Recht 1903, Nr. 2933 (S. 577).
 - 3) BGB-RGRK (Roth-Stielow), § 1353 Rz. 104; Erman-Heckelmann, § 1353 Rz. 25; Rolland, § 1353 Rz. 42; BGH MDR 72, 33 (34) im Anschluß an RGZ 151, 159 (163). A.A. Gernhuber, § 18 VI 2 (S. 182), demzufolge das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft überhaupt nicht ausgeübt wird. A.A. auch MünchKomm-Wacke, § 1353 Rz. 37, der § 118 BGB anwenden will.
 - 4) Erman-Heckelmann, § 1353, Rz. 26 f., Soergel-Lange, § 1353, Rz. 45; MünchKomm-Wacke, § 1353 Rz. 36; Gernhuber, § 18 VI 3 (S. 183).

liches Verschulden geregelt sind¹. Der Mißbrauchseinwand ist Schranke für die nach § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB bestehende Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft im Einzelfall. Bei dieser Grenzziehung haben Schuldgesichtspunkte nach herrschendem Eheverständnis durchaus ihren Platz. Denn es geht um die Frage, ob eine Trennung im Sinne von § 1567 BGB gegen die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft verstößt und unterbleiben soll, nicht dagegen um die Frage, welche Konsequenzen unberechtigtes Getrenntleben auf anderen Gebieten des Ehe- und Scheidungsrecht besitzt.

Objektiv mißbräuchlich ist ein Herstellungsverlangen, wenn das eheliche Zusammenleben im Einzelfall nicht zumutbar ist². Ehewidriges Verhalten und Verschuldensfragen sind hier ohne Belang. Es kommt nur darauf an, ob die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft dem anderen Ehegatten aufgrund der gegebenen Situation nicht zugemutet werden darf.

Früher spielten die Fälle des objektiv mißbräuchlichen Herstellungsverlangens eine untergeordnete Rolle. Die Rechtsprechung bejahte ein Recht zum Getrenntleben im allgemeinen nur in Extrem-

1) Lücke, AcP 178, 7; Gernhuber, § 18 VI 3 (S. 183); Erman-Heckelmann, § 1353, Rz. 25; a.A. Rolland, § 1353, Rz. 41; AK/Lange-Klein, § 1353 Rz. 13.

2) RG JW O4, 409; WarnRspr. 1917, Nr. 146; BGH FamRZ 67, 612 = MDR 67, 912 Nr. 15; Erman-Heckelmann, § 1353, Rz. 27; BGB-RGRK (Roth-Stielow), § 1353 Rz. 100; Palandt-Diederichsen, § 1353, 3 a; MünchKomm-Wacke, § 1353 Rz. 36; Rolland, § 1353, Rz. 44.

fällen, beispielsweise dann, wenn die schwere psychische Krankheit eines Ehegatten das weitere Zusammenleben mit ihm zur unerträglichen Last machte¹. Als Grund für ein berechtigtes Getrenntleben hat der BGB aber auch bereits "schwierige Wesenszüge" des Partners anerkannt, die zu ertragen nicht mehr zugemutet werden könne².

Heute dagegen muß man den Einwand, die Beibehaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft sei unzumutbar, häufiger gelten lassen. Mit der Eherechtsreform des Jahres 1977 sind die Grenzen dessen, was einem Ehegatten zugemutet werden darf, enger geworden. Denn nach dem Eheverständnis, wie es dem 1. EheRG zugrundeliegt, verbinden sich mit der Ehe als partnerschaftlicher Verbindung erhöhte personale Anforderungen an gegenseitiger Achtung³. Das Beharren auf häuslicher und ehelicher Gemeinschaft ist daher auch dann rechtsmißbräuchlich, wenn der andere Ehegatte die Trennung braucht, weil er nach einem tiefgreifenden ehelichen Zerwürfnis Abstand gewinnen will und muß.

Es wird nicht verkannt, daß diese Interpretation der ersten Alternative des § 1353 Abs. 2 BGB die

1) RG JW 1913, 378 Nr. 11. Die psychische Erkrankung eines Ehegatten genügte jedoch nicht, wenn sie das Zusammenleben nur erschwerte, RG JW 11, 765, Nr. 25.

2) BGH, LM Nr. 27 zu § 48 EheG.

3) BTDrucks. 7/650, S. 95.

Position desjenigen schwächt, der sein Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft gegenüber dem Partner durchsetzen will. Doch ist im innersten Bereich der Ehe, wo es allein um die persönliche Beziehung der Ehegatten zueinander geht, rechtlicher Starrsinn nicht am Platz. Nicht umsonst ist das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft nur einklagbar, darüber hinaus aber nicht erzwingbar. Die Klage auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft unterliegt schon seit langem dem Vollstreckungsverbot des § 888 Abs. 2 ZPO und im geltendem Recht ist nunmehr auch der frühere indirekte Zwang zur Aufrechterhaltung der Gemeinschaft durch das Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht entfallen. Diese Zurückhaltung des Gesetzes hat schon die Frage aufkommen lassen, ob das Recht auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft überhaupt noch eine vollwertige Rechtsposition ist¹. Mag eine solche Schlußfolgerung auch zu weit gehen, zumindest kann dieses Recht keine Position beinhalten, auf der ein Ehepartner ohne Rücksicht auf die Verfassung seines Partners bestehen kann. Befindet sich die Ehe objektiv in einer Krise und hat ein Ehepartner tiefe Zweifel an Fortbestand und Wert der ehelichen Beziehung, so muß man ihm das Recht zum Getrenntleben zugestehen.

2.2 Zweite Alternative des § 1353 Abs. 2 BGB

Nach § 1353 Abs. 2 und 3 BGB aF. konnte derjenige

1.) MünchKomm-Wacke, § 1353 Rz. 3 bis 5; Lüke, ACP 178, 5; vgl. auch Schwab, Zur Reform, S. 24.

Ehegatte die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft verweigern, der wegen schuldhafter Eheverfehlung des anderen Teils ein Recht auf Scheidung besaß. Heute ist statt dessen das objektive Scheitern der Ehe Voraussetzung für die zweite Alternative des Rechts zum Getrenntleben¹. Ein Recht zum Getrenntleben besteht also dann, wenn der Anspruch auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft keinen Sinn mehr hat, weil eine solche Wiederherstellung nach Lage der Verhältnisse ausgeschlossen ist². Damit nimmt das geltende Recht einen Gedanken auf, der im Rahmen des objektiven Mißbrauchseinwandes schon früher an das Eherecht herangetragen worden ist³. Die zweite Alternative des § 1353 Abs. 2 BGB erkennt an, daß es dem Verständnis von Ehe als einer auf Partnerschaft beruhenden Lebensgemeinschaft widersprechen würde, die Herstellung auch dann noch zu verlangen, wenn auch nur einer der Ehepartner die Bereitschaft hierzu endgültig verloren hat.

Der Begriff des Scheiterns in § 1353 Abs. 2 BGB ist der gleiche wie in § 1565 Abs. 1 BGB. Daher richtet sich die Feststellung, daß eine Ehe gescheitert ist, auch im Rahmen von § 1353 Abs. 2 BGB nach den Regeln des Scheidungsrechts⁴. Steht - wie in unserem Zusammenhang - die Trennung der

-
- 1) Mit dieser Änderung wurde nicht nur eine Konsequenz aus dem Wegfall des Schuldprinzips gezogen, Rolland, § 1353, Rz. 39.
 - 2) BTDrucks. 7/650, S. 96; Palandt-Diederichsen, § 1353, 3 b; Schwab, Familienrecht, Rz. 87.
 - 3) Vgl. hierzu RGZ 162, 32 (34 f.).
 - 4) BTDrucks. 7/650, S. 96.

Ehegatten noch bevor, bleibt allerdings nur die Möglichkeit, gemäß § 1565 Abs. 1 BGB das Scheitern der Ehe konkret zu prüfen. Anhand des Eheverlaufs muß festgestellt werden, ob die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, daß die Ehegatten sie wieder herstellen.

Fraglich ist, ob vor Durchführung der Trennung das Scheitern der Ehe und damit ein Recht zum Getrenntleben nur unter den erschwerten Voraussetzungen des § 1565 Abs. 2 BGB bejaht werden darf. Der Zweck dieser Härteklausel, dem Richter die Prüfung der ehelichen Zerrüttung vor Ablauf des ersten Trennungsjahres zu erleichtern¹, könnte für eine solch einschränkende Interpretation der zweiten Alternative des § 1353 Abs. 2 BGB sprechen. Sie liefe jedoch darauf hinaus, ein Recht zum Getrenntleben nur demjenigen zuzugestehen, der auch ein Recht auf Scheidung besitzt. Das aber ist nach dem eindeutigen und bewußt gewählten Wortlaut des § 1353 Abs. 2 BGB ausgeschlossen². § 1353 Abs. 2 BGB stellt allein auf das Scheitern der Ehe ab. Der Antrag des Bundesrates, § 1353 Abs. 2 BGB neu zu fassen und ein Recht zum Getrenntleben nur demjenigen zu gewähren, der auch die Scheidung der Ehe verlangen kann, fand im Vermittlungsausschuß keine Mehrheit³. Diese Entscheidung des Ge-

1) Siehe hierzu vorn S.

2) Rolland, § 1353 Rz. 39; Erman-Heckelmann, § 1353 Rz. 29; Soergel-Lange, § 1353, Rz. 49; Gernhuber, § 18 VI 5, Anm. 12 (S. 183); OLG Hamburg, NJW 78, 644; AG Pforzheim, FamRZ 78, 710.

3) BRDrucks. 1/76 (Beschluß), S. 17; Bastian, Roth-Stielow, Schmeiduch, § 1353 Rz. 41.

setzgebers verdient auch Zustimmung. Die mit § 1565 Abs. 2 BGB geleistete Hilfestellung ist nur angebracht, wenn es um die endgültige Auflösung der Ehe ohne längerfristiges Getrenntleben geht, wäre aber übertrieben, wenn lediglich dieses Getrenntleben in Frage steht.

Die zweite Alternative des § 1353 Abs. 2 BGB wird von Bosch und Roth-Stielow nur mit großer Zurückhaltung aufgenommen. Angesichts der Tatsache, daß eine Ehe schon dann gescheitert ist, wenn sich auch nur ein Ehegatte endgültig vom anderen abgewandt hat, fragt Bosch, ob nicht mit der zweiten Alternative des § 1353 Abs. 2 BGB die eheliche Gemeinschaftspflicht faktisch aufgehoben ist¹. Und Roth-Stielow stimmt ihm zu, wenn er meint, § 1353 Abs. 2 BGB berechtige den aus der Ehe strebenden Partner einseitig zur Beendigung der häuslichen Gemeinschaft zu dem (von ihm zu wählenden) Zeitpunkt, auf den er die Ehe für gescheitert hält (§ 1565 Abs. 1 BGB)².

Die Sorge über den angeblich ehesprengenden Inhalt der zweiten Alternative des § 1353 Abs. 2 BGB ist jedoch unbegründet. Die Ehe steht nach wie vor nicht zur Disposition eines Ehegatten. Es ist allenfalls denkmöglich, daß sich ein Ehepartner unvermittelt aus einer bis dahin intak-

1) Bosch, FamRZ 77, 572.

2) BGB-RGRK (Roth-Stielow), § 1353 Rz. 7 und 97; Bastian, Roth-Stielow, Schmeiduch, § 1353 Rz. 40; vgl. auch Schwab, dem der Sinn einer Rechtspflicht rätselhaft erscheint, die allein durch den ernsthaften und dauerhaften Willen des Verpflichteten untergeht (Zur Reform, S. 26).

ten Ehe löst und damit die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft zu Fall bringt. In der Realität ist das Scheitern der Ehe ein längerer Prozeß, der nicht allein von der Ratio gesteuert wird. Mag am Schluß dieses Prozesses auch der ernsthafte und endgültige Wille zur Beendigung der ehelichen Lebensgemeinschaft stehen - die Lockerung emotionaler Bindungen bis hin zu deren Auflösung ist keine reine Willensentscheidung¹. Dementsprechend darf sich das Familiengericht bei der - allein ihm zukommenden - Zerrüttungsprüfung nach § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB nicht darauf beschränken, den Trennungswillen eines Ehegatten festzustellen. Es muß sämtliche Umstände, die für und gegen den endgültigen Zerfall der ehelichen Lebensgemeinschaft sprechen, berücksichtigen².

2.3 Die Vereinbarung eines Rechts zum Getrenntleben

Ausgeklammert blieb bisher die häufig diskutierte Frage, ob die Eheleute sich gegenseitig ein Recht zum Getrenntleben zugestehen, das Getrenntleben also vereinbaren können.

Nach herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung ist die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft zwingendes Recht mit der Folge, daß jede Vereinbarung des Getrenntlebens nach § 134 BGB nichtig ist². Doch gibt es mittlerweile auch

1) Ambrock, § 1353 III 3; Lücke, AcP 78, 7.

2) Palandt-Diederichsen, § 1353, 2 a; Erman-Heckelmann, § 1353 Rz. 39; Soergel-Lange, § 1353 Rz. 4; Bastian, Roth-Stielow, Schmeiduch, § 1353 Rz. 11; Giesen, JR 83, 91; Reinhard, JZ 83, 190; RGZ 61, 50 (51 f.).

kritische Stimmen. Rolland will den Ehegatten nicht die Möglichkeit entziehen, auf gegenseitigem Vertrauen aufgebaute, rechtswirksame Abreden zu treffen und geht daher davon aus, daß Ehegatten wirksam das Getrenntleben vereinbaren können¹. Roth-Stielow differenziert. Gemeinsam mit der herrschenden Lehre sieht er in der Abrede dauernden Getrenntlebens einen Verstoß gegen § 134 BGB. Doch können Ehegatten seiner Meinung nach spätestens seit dem 1. Juli 1977 eine Trennung vereinbaren, um zur Überwindung ehelicher Schwierigkeiten Abstand voneinander zu gewinnen. Das vorzeitig erhobene Verlangen nach Wiederaufnahme der Gemeinschaft sei nach § 1353 Abs. 2 BGB mißbräuchlich².

Liest man § 1353 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, so erweist es sich als notwendig, die eingangs gestellte Frage zu präzisieren. Es geht nicht generell um die Frage, ob die Eheleute das Getrenntleben vereinbaren können, sondern nur um das Problem, ob sich ein Ehepartner jederzeit von einer solchen Vereinbarung lösen und Beibehaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft verlangen kann. Solange beide Ehepartner die Trennung einverständig durchführen, zeigt sich das Gesetz neutral: § 1353 Abs. 2 BGB greift nicht ein. In dieser Situation wäre eine Diskussion um Recht oder Unrecht der Trennung müßig.

Im Streitfall allerdings stellt sich das Problem, ob sich derjenige Ehegatte, der weiterhin die

1) Rolland, § 1353 Rz. 36.

2) BGB-RGRK (Roth-Stielow), § 1353 Rz. 101.

Trennung vollziehen will, darauf berufen kann, man habe dauerndes oder zumindest zeitweiliges Getrenntleben vereinbart. Hier ist der Ansicht von Roth-Stielow zuzustimmen. Eine verbindliche Vereinbarung dauernden Getrenntlebens kann es nicht geben, da die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft in ihrer Gesamtheit der freien Disposition der Eheleute entzogen ist¹. Soll die Vereinbarung des Getrenntlebens jedoch einer ersten Klärung der gegenseitigen Beziehung dienen und bezieht sie sich auf einen diesem Ziel angemessenen Zeitraum, so ist das vorzeitig erhobene Verlangen nach Beibehaltung oder Wiederherstellung der Gemeinschaft mißbräuchlich. Getrenntleben als letzte Chance einer Wiederveröhnung - darin sah der Gesetzgeber eine wichtige Funktion des Getrenntlebens für die Eheleute. Es wäre in sich widersprüchlich, wollte man einer Vereinbarung, mit der die Eheleute diese Möglichkeit zur Erhaltung der Ehe bewußt wahrnehmen, die Verbindlichkeit versagen.

2.4 Die Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben

Die Behandlung des § 1353 Abs. 2 BGB bliebe unvollständig, wollte man nicht abschließend die Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrennt-

1) Wer die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft nur als sittliche Pflicht ansieht, gelangt zum selben Ergebnis. Die Vorstellung, daß in der persönlichen Beziehung der Ehegatten zueinander nur die freie innere Überzeugung gelten darf, kann eine vertragliche Festlegung in diesem Bereich nicht dulden.

leben erörtern. Denn diese Klage, die weder im BGB noch in der ZPO ausdrücklich geregelt ist, wurde von der Rechtsprechung direkt aus § 1353 Abs. 2 BGB entwickelt¹. Sie ist als prozessuales Gegenstück zu der Klage auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft (§§ 606, 610, 614 Abs. 1 und Abs. 3, 616 Abs. 2 ZPO) anerkannt².

Nach § 256 ZPO ist die Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben nur dann zulässig, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an der Feststellung dieses Rechts besitzt. Im allgemeinen wird es bejaht, wenn dem klagenden Ehegatten das Recht auf Trennung bestritten oder wenn er nach vollzogener Trennung nachdrücklich zur Rückkehr aufgefordert wird³. Es fehlt, wenn der andere Ehegatte gegen eine beabsichtigte oder bereits vollzogene Trennung keine Einwendung erhebt⁴.

Solange das Scheidungsrecht noch vom Schuldprinzip beherrscht war, diente die Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben vor allem

-
- 1) RGZ 150, 70; BGH FamRZ 64, 38; OLG Hamm MDR 51, 682; FamRZ 57, 53; KG FamRZ 64, 507; OLG Düsseldorf, FamRZ 60, 155; NJW 65, 1283; FamRZ 67, 629; OLG Hamburg FamRZ 70, 487; OLG Schleswig, FamRZ 76, 276.
 - 2) Bergerfurth, FamRZ 65, 585; Palandt-Diederichsen, Einf. vor § 1353, 3 a; Rolland, § 1353, Rz. 55; Gernhuber, § 23, 5 (S. 260); MünchKomm-Wacke, § 1353, Rz. 14; Erman-Heckelmann, § 1353, Rz. 21.
 - 3) Bergerfurth, FamRZ 65, 587; KG, FamRZ 64, 507.
 - 4) Erman-Heckelmann, § 1353, Rz. 21; Münzberg, JUS 71, 344; OLG Celle, FamRZ 68, 165; OLG Düsseldorf, NJW 65, 1283.

der Vorbereitung eines Scheidungsverfahrens¹. Unabhängig davon verstand man die Klage aber auch als Möglichkeit, moralischen Druck auf den Beklagten auszuüben. Die Ehwidrigkeit seines bisherigen Verhaltens werde ihm durch das Urteil ebenso vor Augen geführt wie die Chance, durch künftiges Wohlverhalten die Aufrechterhaltung der Ehe zu erreichen². Heute hat die Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben an innerer Berechtigung verloren. Zwar spielt das Getrenntleben im Scheidungsrecht eine wichtige Rolle. Doch laufen die Trennungsfristen der §§ 1565 ff. BGB unabhängig von einem Recht zum Getrenntleben. Das Urteil, welches dem Kläger sein Recht zum Getrenntleben bestätigt, erleichtert ihm im Rahmen eines späteren Scheidungsrechtsstreit noch nicht einmal den Beweis, daß eine bestimmte Trennungszeit abgelaufen ist³. Denn die Tatsache, daß ein Ehepartner zum Getrenntleben berechtigt war, heißt nicht, daß er tatsächlich getrennt gelebt hat. Allein darauf kommt es aber für die Scheidung an. Ziel der Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben kann auch nicht mehr der moralische Druck auf den Beklagten sein. Ein Appell, sich zu ändern, ist zumindest dann sinnlos, wenn das Recht zum Getrenntleben mit dem Scheitern der Ehe begründet wird. Trotzdem wird man - im Gegensatz zur Ansicht des AG Groß-Gerau⁴ - das Rechtsschutzinteresse eines Ehegatten

1) Münzberg, JUS 71, 344.

2) Bergerfurth, FamRZ 65, 585.

3) So aber AG Merzig, FamRZ 80, 244.

4) AG Groß-Gerau, FamRZ 79, 504.

an der Feststellung seines Rechts zum Getrenntleben nicht grundsätzlich verneinen können. Solange das Gesetz noch zwischen berechtigtem und unberechtigtem Getrenntleben unterscheidet, besitzt ein Ehegatte, dem das Recht auf Trennung bestritten wird, ein legitimes Bedürfnis nach Klärung der Rechtslage. Es kann ihm nicht zugemutet werden, sich lediglich außergerichtlich gegen die Ansprüche und Forderungen seines Ehegatten zur Wehr zu setzen. Man denke nur an die in der Praxis nicht seltenen Fälle, in denen der Ehemann immer wieder in die Wohnung seiner getrenntlebenden Ehefrau eindringt und die Herstellung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft verlangt¹.

3. DIE REGELUNG ÜBER DIE BENUTZUNG DER EHEWOHNUNG ZUM ZWECK DES GETRENNTLEBENS

3.1 Quae sit actio?

Die für die Scheidung regelmäßig erforderliche Mindesttrennungszeit von einem Jahr hat dazu geführt, daß sich bei Gericht die Anträge häufen, mit denen die vorläufige Zuweisung der Ehewohnung zum Getrenntleben beansprucht wird. Antragsteller sind fast ausschließlich Ehefrauen mit Kindern: sie halten einerseits das Zusammenleben mit dem Mann nicht mehr aus, andererseits können oder wollen sie noch keinen Scheidungsantrag nach § 1565 Abs. 2 BGB stellen. Die Durchführung bloßen Getrenntlebens aber bereitet ihnen kaum

1) OLG Bamberg, FamRZ 79, 804.

lösbare Probleme. Getrenntleben innerhalb der Ehwohnung scheitert am Widerstand des Partners oder führt zu einer unerträglichen Belastung für die gesamte Familie. Ein Wohnungswechsel dagegen übersteigt ihre Kräfte. Selbst wenn sie die Mittel für einen Umzug noch aufbringen können - als verheiratete Frauen mit Kindern und ohne eigenes Einkommen finden sie nur schwer einen Vermieter.

Das Bedürfnis nach einer Zuweisung der Ehwohnung für die Zeit des Getrenntlebens, zumindest aber nach einer gerichtlichen Regelung der Wohnverhältnisse beim Getrenntleben innerhalb der Ehwohnung ist offenkundig. Es überrascht daher, daß diese Frage im Gesetz nicht geregelt ist. Die Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats (HausrVO)¹ ermöglicht eine Entscheidung über die Benutzung der Ehwohnung nur für den Fall der Scheidung (§ 1 HausrVO) und bei Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe (§ 25 HausrVO). Eine vorläufige Benutzungsregelung in Form einer einstweiligen Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 7 ZPO kann nur im Rahmen einer Ehesache erfolgen (§ 620 a Abs. 2 ZPO), setzt also in der Regel ebenfalls ein Verfahren auf Scheidung der Ehe voraus². Und § 1361 a BGB, der in

1) 6. DVO zum EheG vom 21. 10. 1944 (RGBl. I, S. 256; BGBl. III 404-3).

2) Ehesachen sind nach § 606 Abs. 1 ZPO die Verfahren auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe, auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Ehe und auf Herstellung des ehelichen Lebens. Das Gegenstück der Herstellungsklage, die Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben ist als Ehesache ebenfalls anerkannt (BGH, FamRZ 1964, 38; OLG Schleswig, FamRZ 76, 276).

Verbindung mit § 18 a HausrVO die Möglichkeit eines isolierten Hausratsverfahrens auch außerhalb einer Scheidungssache eröffnet, sieht lediglich die Verteilung des Hausrats zwischen bereits getrennt lebenden Ehegatten vor.

Ein Ausweg aus diesem Dilemma wäre die (doppelt) analoge Anwendung von § 1361 a BGB (Hausrat - Ehwohnung; vollzogene Trennung - beabsichtigte Trennung)¹. Voraussetzungen einer solchen Analogie sind,

- a) daß die gegenwärtige gesetzliche Regelung insofern eine Lücke aufweist, als sie keine Rechtsgrundlage für die Zuweisung oder Teilung der Ehwohnung zum Zweck des Getrenntlebens enthält, und
- b) eine solche Lücke mit Hilfe des § 1361 a BGB geschlossen werden kann, weil die Verteilung des Hausrats zwischen getrennt lebenden Ehegatten und die Regelung über die Benutzung der Ehwohnung zum Zweck des Getrenntlebens gleich zu bewerten und rechtlich gleich zu behandeln sind².

Hierzu sind die Ansichten in Literatur und Rechtsprechung geteilt.

zu a)

Eine starke Meinung verneint das Vorliegen einer Regelungslücke. Vereinzelt wird behauptet,

1) Dieser Analogie entsprechend müßte dann auch § 18 a HausrVO gelesen werden.

2) Engisch, S. 138 ff. und S. 147 f.; Larenz, S. 354 ff. und S. 365 ff.

§ 1361 a BGB beschränke sich bewußt auf die Verteilung des Hausrats zwischen getrennt lebenden Eheleuten¹. Angesichts des § 620 S. 1 Nr. 7 ZPO (der Hausrat und Ehwohnung nebeneinander nenne) könne das Schweigen seit dem 1. EheRG nur noch als beredtes Schweigen gedeutet werden, das jeden Analogieschluß (zugunsten des argumentum e contrario) verbiete². Überwiegend halten die Gerichte jedoch eine analoge Anwendung des § 1361 a BGB für überflüssig, weil die Betroffenen auf anderen Wegen ihr Ziel erreichen könnten. Sie hätten entweder die Möglichkeit, beim Prozeßgericht eine einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO zu erwirken³ oder sie könnten im Rahmen einer Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben (Ehesache im Sinne von § 606 ZPO) eine einstweilige Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 7 ZPO erhalten⁴.

Demgegenüber bejahen eine wachsende Anzahl von Oberlandesgerichten und der größere Teil der Literatur eine Lücke in der gesetzlichen Rege-

-
- 1) OLG Köln NJW 78, 1335; OLG Stuttgart FamRZ 78, 686; OLG Karlsruhe FamRZ 80, 998; SchlHOLG, SchlHA 80, 55; Gernhuber, § 19 III 5 (S. 194); MünchKomm/Müller-Gindulis, Ergänzung zu § 1, 6. DVO EheG, Rz. 26 b.
 - 2) Gernhuber, § 19 III 5 (S. 194).
 - 3) OLG Frankfurt, NJW 78, 896; OLG Stuttgart, FamRZ 78, 686; OLG Nürnberg, FamRZ 79, 510; OLG Hamm, FamRZ 79, 805; 79, 919; 80, 999; OLG Köln, NJW 78, 1335; SchlHOLG, SchlHA 78, 170; Vogel, FamRZ 78, 224.
 - 4) OLG Bremen, FamRZ 78, 775 = NJW 78, 2102; OLG Frankfurt, FamRZ 79, 428; OLG Hamm, FamRZ 80, 999; Lantzke, NJW 79, 1483 ff.

lung¹. Mit Recht widersprechen sie der Ansicht, eine analoge Anwendung des § 1361 a BGB sei weder erlaubt noch notwendig.

Das gegenwärtige Bedürfnis, die Benutzung der Ehwohnung für die Zeit des Getrenntlebens zu regeln, resultiert vor allem aus § 1565 Abs. 2 BGB, wonach eine Ehe nur in bestimmten Härtefällen vor Ablauf des ersten Trennungsjahres geschieden werden kann. Diese Norm wurde als politischer Kompromiß zwischen Bundestag und Bundesrat erst im Vermittlungsausschuß ausgehandelt und nachträglich dem 1. EheRG eingefügt. Nichts deutet darauf hin, daß dem Gesetzgeber die Konsequenzen dieser in letzter Minute erfolgten Gesetzesänderung bewußt waren und er trotz allem keine Möglichkeit schaffen wollte, um die Benutzung der Ehwohnung zum Zweck des Getrenntlebens zu regeln. Vielmehr ist durch die nachträgliche Einführung einer Mindesttrennungszeit von einem Jahr eine planwidrige Regelungslücke dort entstanden, wo es um Zuweisung oder Teilung der Ehwohnung außerhalb eines Scheidungsverfahrens nur zum Zweck des Getrenntlebens geht.

-
- 1) OLG Frankfurt, FamRZ 78, 191 = NJW 78, 845; OLG Karlsruhe, FamRZ 78, 896 = NJW 78, 2100; OLG Köln, NJW 79, 53; OLG München, FamRZ 79, 429; OLG Hamm FamRZ 79, 582 (unter Aufgabe der abweichenden Meinung in FamRZ 78, 355); OLG Bamberg, FamRZ 79, 804; OLG Oldenburg, FamRZ 79, 805 = NdsRpfl. 79, 122 (unter Aufgabe der abw. Meinung in FamRZ 78, 356) OLG Düsseldorf, FamRZ 80, 50; OLG Zweibrücken, FamRZ 80, 569; Bosch, FamRZ 80, 6; 79, 806; 78, 356; Deisenhofer, FamRZ 79, 102; Walter, FamRZ 79, 681 f.; Palandt-Diederichsen, § 1361 a, 1; Rolland, § 1361 a, Rz. 4 a (unter Aufgabe seiner a.A. in der Voraussage); Erman-Heckelmann, § 1361 a, Rz. 2; AK - Finger, § 1361 a, Rz. 6; Soergel-Lange, § 1362, Rz. 16 f.

Diese Lücke kann nicht dadurch geschlossen werden, daß man die Eheleute auf die einstweilige Verfügung oder auf die Klage zur Feststellung eines Rechts zum Getrenntleben verweist. In beiden Fällen wäre der Rechtsschutz nur unvollkommen.

Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach § 940 ZPO, für die das allgemeine Prozeßgericht zuständig ist, kommt zunächst nur in Frage, wenn die Verhältnisse zwischen den Eheleuten unerträglich geworden sind¹. Auch läßt § 940 ZPO keine längerfristige Regelung zu. Die Benutzung der Ehewohnung könnte lediglich für eine erste 'Abkühlungsphase' geregelt werden². Darüber hinaus scheitert eine Zuweisung der Ehewohnung, die zugleich eine Räumung beinhaltet, in der Regel an § 940 a ZPO: Denn nach dieser Vorschrift kommt die Räumung von Wohnraum im Wege einer einstweiligen Verfügung nur bei verbotener Eigenmacht in Betracht und ein solcher Fall wird bei Eheleuten selten vorliegen³. Letztlich ist auch unklar, welche materielle Anspruchsnorm für eine Regelung der Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung in Frage kommt, wenn sich das Verfahren in der Hauptsache dem Verfügungsverfahren anschließt (beachte §§ 926, 936 ZPO!). Da § 1361 a BGB ausscheiden muß, stünden allenfalls Ansprüche aus

1) Soergel-Lange, § 1361 a, Rz. 16.

2) OLG Stuttgart, FamRZ 78, 686.

3) OLG Düsseldorf, FamRZ 80, 50; OLG Karlsruhe, NJW 78, 2100; OLG Hamm, FamRZ 79, 582; Deisenhofer, FamRZ 79, 102.

Besitz, bei einem Eigenheim unter Umständen noch der Anspruch aus § 985 BGB zur Debatte. Doch findet nach § 866 BGB zwischen Mitbesitzern ein Besitzschutz inwoweit nicht statt, als es um die Grenzen des dem einzelnen zustehenden Gebrauchs geht¹. Und gegenüber dem Anspruch aus § 985 BGB kann sich der andere Ehegatte auf sein aus § 1353 Abs. 1 BGB abgeleitetes Recht zum Mitbesitz an der Ehwohnung berufen². Überhaupt erscheint es systemwidrig, die vorläufige Regelung der Rechtsverhältnisse an der Ehwohnung aus der Zuständigkeit des Familiengerichts als Hausratsrichter herauszunehmen und dem allgemeinen Prozeßgericht zuzuordnen³. Damit sind nicht nur für zwei so eng zusammenhängende Problemkreise wie Hausrat und Ehwohnung verschiedene Rechtswege gegeben. Auch das Instrumentarium des Zivilprozesses ist denkbar ungeeignet, um ein so heikles Problem wie die Benutzung der Ehwohnung zu lösen. Parteivortrag statt Amtsermittlung, strenge Fristen - damit läuft man Gefahr, das Klima zwischen den Eheleuten zusätzlich zu vergiften.

Diesen letzten Bedenken begegnet der zweite Lösungsweg, die Kombination von Ehetrennungsklage und einstweiliger Anordnung freilich nicht. Für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 7 ZPO gelten die Verfahrensvorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung

1) OLG Köln, NJW 79, 53.

2) BGH NJW 78, 1529 = FamRZ 78, 496.

3) Lynker, JurBüro 79, 962.

und des Hausrats (§ 621 a ZPO). Doch ist über die Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben ebenfalls kein ausreichender Rechtsschutz zu erlangen. Mangels Feststellungsinteresse ist sie nämlich immer dann unzulässig, wenn der Beklagte dem Kläger das Recht zum Getrenntleben garnicht bestreitet¹. Wollen die Eheleute die eheliche Lebensgemeinschaft einverständlich nicht mehr fortsetzen, können sie sich aber über die weitere Benutzung der Ehewohnung nicht einigen, bleibt ihnen der Weg zum Familiengericht verschlossen. In diesem Fall wird der Charakter der Getrenntlebensklage als reine Behelfslösung besonders deutlich. Doch davon einmal abgesehen sollte es einem Ehegatten ohnehin nicht zugemutet werden, ein kostspieliges² Eheverfahren, an dem er primär kein Interesse hat, nur deshalb zu betreiben, um auf diesem Umwege die Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung nach § 620 ZPO zu schaffen.

zu b)

Da die gesetzlichen Möglichkeiten nicht ausreichen, um die Benutzung der Ehewohnung auch außerhalb eines Scheidungsverfahrens für die Zeit des Getrenntlebens zu regeln, besteht ein dringendes Bedürfnis nach analoger Anwendung des § 1361 a BGB. Trotzdem ist bei diesem Analogieschluß zunächst noch Vorsicht geboten.

1) Siehe vorn S. 69.

2) Der Streitwert einer Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben ist der gleiche wie bei der Scheidung (§ 12 Abs. 2, S. 2 und 4 GKG)! Außerdem besteht Anwaltszwang (§ 78 ZPO).

§ 1361 a BGB geht davon aus, daß Eheleute einen Anspruch auf Verteilung der Haushaltsgegenstände besitzen, weil sie getrennt leben und benennt nur noch die Kriterien, vornehmlich Billigkeitserwägungen, für eine möglichst sachgerechte Aufteilung des Hausrats. Insofern paßt § 1361 a BGB aber nur zum Teil auf die Interessenlage, die bei der Teilung oder Zuweisung der Ehewohnung zum Zweck des Getrenntlebens zu regeln ist. Keine Schwierigkeiten bereitet die (einfach) analoge Anwendung des § 1361 a BGB auf die Ehewohnung. Auch § 2 HausrVO nennt die Ehewohnung neben dem Hausrat und weist den Hausratsrichter im Scheidungsverfahren lediglich an, über beides nach billigem Ermessen zu entscheiden. Problematisch aber ist die (doppelte) Analogie in den hier interessierenden Fällen, in denen der Antrag auf Teilung oder Zuweisung der Ehewohnung nicht während des Getrenntlebens gestellt wird, sondern zugleich auf die Herbeiführung des Getrenntlebens gerichtet ist. Konsequenterweise dürfte die analoge Anwendung des § 1361 a BGB hier darauf hinaus, daß die Notwendigkeit einer Regelung über die Benutzung der Ehewohnung grundsätzlich unterstellt würde. Man kann jedoch nicht davon ausgehen, daß der Gesetzgeber bereit gewesen wäre, in jedem Fall, in dem die Trennung gewünscht wird, das damit zusammenhängende Wohnungsproblem zu lösen. Eine solche Regelung widerspräche dem von Art. 6 GG geforderten Schutz der Ehe. Aus diesem Grund kann eine analoge Anwendung des § 1361 a BGB nur unter Einschränkung zugelassen werden.

Ein Teil der Rechtsprechung will die analoge Anwendung des § 1361 a BGB auf jene Fälle beschrän-

ken, in denen die Trennung zu dem Zweck erfolgen soll, die Scheidung der Ehe zu ermöglichen¹. Nur im Hinblick auf die Trennungsfristen des materiellen Scheidungsrechts bestehe ein Bedürfnis, die Benutzung der Ehewohnung gerichtlich zu regeln. Daher liege eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke erst dann vor, wenn Anlaß der Trennung die feste Absicht sei, später die Ehescheidung zu betreiben.

Es erscheint jedoch unklug, einen Ehepartner schon zur Zeit der Trennung auf seinen Scheidungswillen festzulegen. Federführend für eine Reihe von Oberlandesgerichten gibt das OLG Hamm zu bedenken, daß eine analoge Anwendung des § 1361 a BGB unter solchen Einschränkungen nicht angezeigt sei: "Ein Regelungsbedürfnis kann auch ohne akute Scheidungsabsicht gegeben sein. Eine Zuweisung der Ehewohnung an einen Partner und die damit verbundene Trennung der Ehegatten kann sich eheerhaltend auswirken, indem sie zu einem Abbau aufgetretener Spannungen und zu einem Überdenken der beiderseitigen Einstellungen zur Ehe führen kann. Die darin liegende Chance zur Rettung der Ehe würde erheblich vermindert, würde man von dem die Wohnungszuweisung erstrebenden Ehegatten von vornherein die - in vielen Fällen auch ihn psychologisch bindende - Festschreibung seiner Scheidungsabsicht verlangen. Eine solche Handhabung liefere dem in Art. 6 GG postulierten besonderen Schutz der Ehe zuwider."²

1) OLG Frankfurt, FamRZ 78, 191; OLG Oldenburg, NdsRpfl 79, 122; OLG Zweibrücken, FamRZ 80, 252 (vgl. aber OLG Zweibrücken, FamRZ 81, 259).

2) OLG Hamm, FamRZ 79, 582 (583); vgl. auch OLG Celle, FamRZ 80, 252 = NdsRpfl 80, 11; OLG Zweibrücken, FamRZ 80, 569.

Das OLG Stuttgart sucht das Problem zu lösen, indem es die analoge Anwendung des § 1361 a BGB erst dann in Betracht zieht, wenn die Eheleute bereits in irgendeiner Form getrennt leben¹.

Mit einer einfachen Analogie (Hausrat-Ehewohnung) ist den Eheleuten jedoch wenig geholfen. Zwar gibt es zweifellos Fälle, in denen sich die Eheleute um die Benutzung der Ehewohnung streiten, obwohl sie bereits getrennt leben. Man denke nur an die Eheleute, die innerhalb der Ehewohnung getrennt leben, oder aber an die Frauen, die vor ihrem Mann zu Freunden oder ins Frauenhaus geflüchtet sind und von dort um die Zuweisung der Ehewohnung kämpfen. Im Hinblick auf das geltende Scheidungsrecht ist das Bedürfnis nach einer gerichtlichen Wohnungsregelung jedoch gerade dort besonders stark, wo das Getrenntleben innerhalb der Ehewohnung an den räumlichen Gegebenheiten scheitert und sonstige vorübergehende Ausweichmöglichkeiten bei Verwandten oder Freunden fehlen.

Man kommt der Lösung des Problems nur dann näher, wenn man sich folgenden, juristisch wesentlichen Umstand klarmacht: Solange die Ehegatten noch nicht getrennt leben und einer der beiden die Teilung der Ehewohnung oder die Zuweisung der gesamten Ehewohnung an sich beantragt, führt die gerichtliche Regelung der Benutzung der Ehewohnung das Getrenntleben herbei und beinhaltet insoweit dessen Gestattung. Die Frage, unter welchen Umständen eine Wohnungsregelung im Hin-

1) OLG Stuttgart, Justiz (BW) 80, 442.

blick auf die gewünschte Trennung notwendig ist, muß daher anhand von § 1353 Abs. 2 BGB beantwortet werden. Denn allein diese Norm regelt die Voraussetzungen für eine Gestattung des Getrenntlebens.

Zweifel an diesem Lösungsweg ergeben sich allerdings im Hinblick auf das geltende Scheidungsrecht. Die Notwendigkeit einer Analogie zu § 1361 a BGB wurde im Hinblick auf das neue Scheidungsrecht bejaht. Gerade für die Trennungsfristen der §§ 1565 ff BGB ist aber ein Recht zum Getrenntleben nicht erforderlich. Entsteht nicht neuerlich die Gefahr einer sozialen Scheidungsbarriere, wenn die analoge Anwendung des § 1361 a BGB davon abhängig gemacht wird, daß sich die beabsichtigte Trennung mit § 1353 Abs. 2 BGB vereinbart? Wirtschaftlich unabhängige Ehegatten können Trennung und Scheidung ohne weiteres durchsetzen; dagegen ist ein sozial schwacher Ehegatte auf das Einverständnis seines Partners oder auf ein Recht zum Getrenntleben angewiesen, um die Aufteilung der Wohnsphären zu erreichen¹. Der Vorwurf, über die Wohnungsregelung werde eine zusätzliche Scheidungsvoraussetzung nur für die sozial Schwächeren eingeführt, steht hier im Raum.

Das Problem verliert jedoch an Schärfe, wenn - wie im vorhergehenden Kapitel gezeigt - bei der Auslegung des § 1353 Abs. 2 BGB das Verständnis der Ehe als einer Partnerschaft genügend berücksichtigt wird. Immerhin kann sich ein Ehepartner schon dann auf ein Recht zum Getrennt-

1) Siehe vorn S. 58 ff. und S. 66 f.

leben berufen, wenn er in einer schweren, ehelichen Krise den räumlichen Abstand braucht, um seine Beziehung zu dem Ehepartner nochmals zu überdenken¹. Das ist keine so hohe Schwelle, daß sie den Vorwurf einer sozialen Scheidungsbarriere rechtfertigen könnte. Sie stellt vielmehr lediglich sicher, daß das Familiengericht nicht schon in einem zu frühem Stadium ehelicher Auseinandersetzung in die Wohnverhältnisse der Eheleute eingreift. Eine solche Zurückhaltung ist jedoch mit Blick auf Art. 6 GG geboten.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß eine analoge Anwendung des § 1361 a BGB zulässig ist, wenn sich die beabsichtigte Trennung mit § 1353 Abs. 2 BGB vereinbart. Das Familiengericht kann die Benutzung der Ehewohnung zum Zweck des Getrenntlebens immer dann regeln, wenn sich die Eheleute in der Frage des Getrenntlebens einig sind oder wenn sich der Antragsteller gegenüber dem Verlangen nach Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft auf ein Recht zum Getrenntleben berufen kann.

Ein Blick auf die bisher veröffentlichten Entscheidungen zu diesem Thema zeigt, daß zahlreiche Gerichte in der Sache auch dieses Kriterium zugrundelegen. Sie machen zwar die analoge Anwendung des § 1361 a BGB nicht ausdrücklich von einem Recht des Antragstellers zum Getrenntleben abhängig. Da sie jedoch alle über einen Antrag auf Zuweisung der gesamten Ehewohnung zu befinden haben, setzen sie für diesen schwersten Eingriff in die ehelichen Lebensverhältnisse ohnehin

1) Siehe vorn S. 61 f.

eine höhere Schwelle als das bloße Recht zum Getrenntleben. So stellt das OLG Hamm zum Beispiel darauf ab, daß der Antragstellerin das Zusammenleben mit dem Antragsgegner wegen dessen Alkoholismus nicht zumutbar sei¹. Und das OLG Düsseldorf hält die Zuweisung der Ehewohnung an die Ehefrau für gerechtfertigt, weil das Verhältnis der Ehegatten zueinander unter tiefgreifenden Zerwürfnissen leide und es zwischen den Parteien zu erheblichen Tätlichkeiten gekommen sei².

Der hier vertretenen Ansicht am nächsten kommt aber wohl das OLG Düsseldorf in seinem Beschluß vom 29. 10. 1979 - UF 199/79³. Es will über die alleinige Zuweisung der Ehewohnung weder nur nach billigem Ermessen befinden, noch entsprechend den Maßstäben des § 1565 Abs. 2 BGB entscheiden. Die Voraussetzungen für die Zuweisung der gesamten Ehewohnung an einen Ehegatten müßten vielmehr zwischen diesen beiden Positionen liegen und es sei daher grundsätzlich zu fordern, daß die Ehe mit hinreichender Wahrscheinlichkeit gescheitert sei. Das aber ist eine Voraussetzung für die analoge Anwendung des § 1361 a BGB, unter der nach der hier vertretenen Auffassung ein Recht zum Getrenntleben bejaht werden kann, wenn der trennungswillige Ehegatte die Zeit des Getrenntlebens dazu nutzen will, um seine Beziehung zum Partner nochmals zu überdenken.

1) OLG Hamm, FamRZ 79, 582.

2) OLG Düsseldorf, FamRZ 81, 872.

3) OLG Düsseldorf, FamRZ 80, 50.

3.2. Die Regelung der Wohnverhältnisse zum Zweck des
Getrenntlebens analog § 1361 a BGB

Soweit § 1361 a BGB die Verteilung des Hausrats zwischen getrennt lebenden Ehegatten regelt, differenziert er zwischen Gegenständen, die im Alleineigentum eines Ehegatten stehen (Abs. 1) und Gegenständen, die beiden gehören (Abs. 2). Erstere sind dem anderen Ehegatten zum Gebrauch zu überlassen, wenn er sie benötigt und die Überlassung der Billigkeit entspricht. Die letzteren werden zwischen den Ehegatten nach den Grundsätzen der Billigkeit verteilt.

Wendet man § 1361 a BGB auf die Regelung der Wohnverhältnisse für die Zeit des Getrenntlebens an, vereinfacht sich das Bild. Der Richter hat sich bei seiner Entscheidung grundsätzlich an der Billigkeit zu orientieren. Das gilt nach § 1361 Abs. 2 BGB nicht nur für eine Ehwohnung, die beiden Ehegatten gehört, sondern auch für eine Ehwohnung, die einem der Ehegatten allein gehört. Denn man kann davon ausgehen, daß die Ehwohnung in aller Regel von beiden Ehepartnern benötigt wird, mithin für eine Regelung der Wohnverhältnisse analog § 1361 a Abs. 1 BGB nur das zweite dort genannte Kriterium, die Billigkeit, übrigbleibt. Was aber den praktisch häufigsten Fall, nämlich die Teilung oder Zuweisung einer Mietwohnung, betrifft, gilt wiederum der Gedanke des § 1361 Abs. 2 BGB. Da die Ehwohnung keinem der Ehegatten gehört, stehen die Ehegatten einander gleich und die Zuweisung der Ehwohnung an einen von ihnen erfolgt nach Billigkeit.

Eine Billigkeitsentscheidung ist immer eine Ent-

scheidung des Einzelfalls. Von daher kann man die verschiedenen Umstände, die bei einer Regelung der Wohnverhältnisse für die Zeit des Getrenntlebens zu berücksichtigen sind, nicht abschließend aufzählen. Doch zeichnen sich in der Rechtsprechung bereits Grundsätze ab, mit deren Hilfe sich diese Billigkeitsentscheidung vorstrukturieren läßt. Entsprechend der Schwere des Eingriffs in die persönliche Lebenssphäre des Antragsgegners muß eine Stufenfolge beachtet werden:

3.2.1 Teilung der Ehewohnung

Ist lediglich eine räumliche Aufteilung der Ehewohnung beantragt - was selten vorkommt - wird diesem Antrag grundsätzlich entsprochen, es sei denn, der Antragsteller kann ohne weiteres selbst aus der Ehewohnung ausziehen und ist für die Verwirklichung seines Rechts zum Getrenntleben auf gerichtliche Hilfe nicht angewiesen¹.

3.2.2 Zuweisung der gesamten Ehewohnung

Wird die Zuweisung der gesamten Ehewohnung zur alleinigen Benutzung beantragt, hat das Gericht zunächst das mildere Mittel, die räumliche Aufteilung der Ehewohnung in getrennte Sphären in Betracht zu ziehen (vgl. 3.2.1)². Erst, wenn eine solche Teilung der Wohnung nicht möglich oder praktisch undurchführbar ist, weil die Wohnfläche unter Berücksichtigung der Anzahl der Familienmitglieder zu klein ist, kommt die Zuweisung der

1) OLG Zweibrücken, FamRZ 81, 259.

2) OLG Frankfurt, FamRZ 78, 191; OLG München, FamRZ 79, 429; OLG Hamm, FamRZ 79, 582; OLG Düsseldorf, FamRZ 80, 50.

gesamten Ehewohnung an den Antragsteller in Frage. Weitere Voraussetzung für diese Maßnahme ist aber, daß dem Antragsteller der Auszug aus der Ehewohnung nicht zumutbar, dem Antragsgegner dagegen eher zumutbar ist¹. Um diesen Punkt zu klären, müssen die Interessen der Ehegatten und der Kinder unter Berücksichtigung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse gegeneinander abgewogen werden. Sind gemeinsame minderjährige Kinder zu erziehen und zu betreuen, wird es allerdings in der Regel sachgerecht sein, dem Ehegatten die Ehewohnung zuzuweisen, der voraussichtlich das elterliche Sorgerecht erhalten wird².

Im Streit der Ehegatten um die Zuweisung der Ehewohnung taucht häufig die Frage auf, ob diese Maßnahme auch dann zulässig ist, wenn eine Aufteilung der Räume zwar möglich wäre, eine solche Teilung aber am ständigen Widerstand des anderen Partners scheitert, bzw. das weitere Zusammenleben der Ehegatten unter einem Dach immer wieder zu Zusammenstößen und Auseinandersetzungen führt. Zu eben diesem Problem gibt es - allerdings im Rahmen der einstweiligen Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 7 ZPO - unterschiedliche Auffassungen. Sie werden im folgenden dargestellt und diskutiert, weil die meisten der von ihnen benutzten Argumente auch bei der Wohnungszuweisung analog § 1361 a BGB relevant sind.

Zum Teil stellt die Rechtsprechung hohe Anforder-

1) OLG Oldenburg, MDR 79, 851; SchlHOLG, SchlHA 78, 213.

2) OLG Düsseldorf, FamRZ 80, 50.

rungen, bevor sie die Räumung der Ehewohnung durch einen Ehegatten anordnet. So verlangt das OLG Frankfurt eine unmittelbare und ernste Gefahr für Leib und Leben des Antragstellers oder der Kinder¹. Und das OLG Köln will bei ihnen zumindest eine ernstliche, unmittelbare und schwerwiegende Gefährdung der psychischen oder physischen Unversehrtheit erkennen können². In der Praxis läuft dieser Maßstab darauf hinaus, daß ein Ehegatte nur dann die Ehewohnung räumen muß, wenn er seinen Ehepartner und/oder die Kinder mehrfach körperlich mißhandelt hat.

Zur Begründung beruft sich diese strenge Auffassung auf die früher herrschende Meinung zu § 627 ZPO aF und zu dem durch das 1. EheRG weggefallenen § 19 HausrVO, die in der Zuweisung der gesamten Ehewohnung an einen Ehegatten mittels einstweiliger Anordnung einen so schwerwiegenden Eingriff in die Lebensverhältnisse des Antragsgegners gesehen hat, daß sie diese Maßnahme nur unter außergewöhnlichen Umständen anordnete³. An dieser Beurteilung der Sachlage habe sich durch das 1. EheRG nichts geändert⁴. Im Gegenteil: Nur dann, wenn es bis zur Grenze des schlechthin nicht mehr Zumutbaren den Ehegatten selbst über-

1) OLG Frankfurt, FamRZ 78, 53; FamRZ 82, 484.

2) OLG Köln, FamRZ 82, 403 (405ff.).

3) OLG Düsseldorf FamRZ 68, 88; OLG Nürnberg, FamRZ 69, 100; OLG Celle, FamRZ 69, 101; KG, FamRZ 69, 650; Hoffmann/Stephan, § 19 der 6. DVO zum EheG, Rz. 13.

4) OLG Frankfurt, FamRZ 82, 484 (485).

lassen bleibe, ihren Auszug aus der Ehewohnung durchzuführen, sich dabei gegeneinander durchzusetzen, finanzielle Opfer zu erbringen und möglicherweise auch öffentliche Hilfe der Sozialbehörden in Anspruch zu nehmen, könne die so herbeigeführte Trennung der Ehegatten die gerechtfertigte Grundlage für das Eingreifen der Vermutung des § 1566 BGB sein¹.

Demgegenüber lehnen zahlreiche Gerichte die Fortführung der bisherigen Rechtsprechung im geltenden Recht ab². Zwar müsse es nach wie vor bei dem obersten Grundsatz bleiben, daß eine so einschneidende Maßnahme wie die Verweisung eines Ehegatten aus der Ehewohnung nur unter gravierenden Umständen gerechtfertigt sein könne³. Erweise sich jedoch der weitere Verbleib beider Ehegatten in der Ehewohnung für die Beteiligten als unzumutbar, sei die Zuweisung der gesamten Ehewohnung an einen von ihnen zulässig. Die Unzumutbarkeit beschränkt sich dabei nicht auf Fälle körperlicher Mißhandlung oder sonstigen gewalttätigen Verhaltens des einen Ehegatten gegenüber dem anderen. Sie wird auch dann bejaht,

1) OLG Köln, FamRZ 80, 275 (276 f.).

2) OLG Karlsruhe, FamRZ 78, 132; FamRZ 78, 711 und FamRZ 82, 1220; OLG Hamburg, FamRZ 81, 64; OLG Oldenburg, MDR 79, 851 f.; OLG Koblenz, FamRZ 79, 938; OLG Hamm, FamRZ 79, 59; OLG Düsseldorf, FamRZ 78, 604; SchlHOLG, SchlHA 78, 20 und SchlHA 78, 213; Vgl. auch AG Pforzheim, FamRZ 78, 710 und AG Lörrach, NJW 78, 1330.

3) OLG Hamm, FamRZ 79, 59.

wenn die Situation innerhalb der Ehewohnung zu einem quälenden und untragbaren Zustand für den die Trennung verlangenden Ehegatten geworden ist¹.

Dieser Bruch mit der früheren Rechtsprechung erfolgte zu Recht. Jene ließ sich immerhin mit der Erwägung rechtfertigen, daß die Scheidung nach altem Recht kein Getrenntleben erforderte und auch die Scheidungsprozesse im Durchschnitt nur kürzere Zeit dauerten². Selbst ein von starken Spannungen gekennzeichnetes Zusammenleben der Ehegatten innerhalb der Ehewohnung konnte bis zum Abschluß des Scheidungsverfahrens normalerweise hingenommen werden. Da ein Ehegatte nach geltendem Recht aber in der Regel ein Jahr und länger getrennt leben muß, bevor er mit Aussicht auf Erfolg einen Scheidungsantrag stellen kann³, ist es nicht mehr zu vertreten, solange mit der Zuweisung der Ehewohnung zu warten, bis sein Leben oder seine Gesundheit ernsthaft gefährdet sind.

-
- 1) OLG Hamburg, FamRZ 81, 64.
 - 2) Nach einer für Hessen durchgeführten Erhebung betrug die Verfahrensdauer früher in 86 % aller Scheidungen weniger als vier Monate ("Familiengerichtsbarkeit in Hessen", Gutachten des AG Kassel für den Hessischen Justizminister, 1977, zitiert nach Holzhauser, JZ, 77, 732, Anm. 44). Nach meiner Anwaltserfahrung dauert heute ein Scheidungsverfahren im Schnitt ein Jahr (mit Versorgungsausgleich).
 - 3) Ein Scheidungsantrag, der vor Ablauf des ersten Trennungsjahres gestellt und nicht mit § 1565 Abs. 2 BGB begründet wird, ist sofort abzuweisen (OLG Frankfurt, NJW 79, 823; KG, FamRZ 78, 34). Es bleibt unberücksichtigt, daß die Trennungsfristen erst im Zeitpunkt der Ehescheidung erfüllt sein müssen und das Verfahren bis zu diesem Termin durchschnittlich ein Jahr dauert.

Vielmehr ist diese Maßnahme auch gerechtfertigt, wenn es zwischen den Ehegatten laufend zu heftigen Streitigkeiten und handgreiflichen Auseinandersetzungen kommt¹ oder wenn der Antragsgegner ein Alkoholiker ist². Schon im Interesse der Kinder darf man dann die Zuweisung der Ehwohnung nicht länger hinausschieben, will man die Gefahr ernster psychischer Entwicklungsstörungen für sie vermeiden.

Diese richterliche Hilfestellung bei der Durchführung des Getrenntlebens entwertet auch nicht die Zerrüttungsvermutung des § 1566 BGB. Zweifellos zeigt die so herbeigeführte Trennung ein ernstes Zerwürfnis der Ehegatten an. Grundlage für die Vermutung, daß eine Ehe gescheitert ist, bildet dann aber das Durchhaltevermögen des zur Scheidung entschlossenen Ehegatten in der Zeit der Trennung. Die Umstände, unter denen die Trennung zustandekam, sind dagegen bedeutungslos.

3.3 Reformbestrebungen

Die (doppelt) analoge Anwendung des § 1361 a BGB ist zwar gegenwärtig die einzige Möglichkeit, das Wohnungsproblem bei der Durchführung des Getrenntlebens gerichtlich zu regeln, aber diese Lösung befriedigt nur zum Teil.

Zunächst ist mißlich, daß nur der zur Herbeiführung des Getrenntlebens berechnete Ehegatte die

1) OLG Karlsruhe, FamRZ 82, 1220 und 78, 711;
SchlHOLG, SchlHA 78, 213.

2) OLG Hamburg, FamRZ 81, 64; OLG Hamm, FamRZ 79, 59.

Überlassung der Ehewohnung ganz oder zum Teil verlangen kann. Das verleitet den trennungswilligen Ehegatten dazu, dem anderen möglichst viele Eheverfehlungen vorzuwerfen und die Alleinschuld daran zuzuschreiben. Mag diese Argumentation auch oft gegen sein besseres Wissen erfolgen, er wird sich nicht allein auf die Möglichkeit verlassen wollen, das Recht zum Getrenntleben nur mit dem Zusammenbruch der Ehe oder mit einer schweren ehelichen Krise zu begründen¹. Damit entsteht aber die Gefahr einer verschärften Auseinandersetzung der Ehegatten und das Getrenntleben, welches doch auch die Chance für eine Wiederversöhnung sein soll, wird mit einer noch schwereren Anfangshypothek belastet als das ohnehin bereits der Fall ist.

Bei der analogen Anwendung des § 1361 a BGB fehlt dem Familiengericht außerdem die Befugnis, die Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung mit Wirkung gegenüber Dritten zu gestalten. Es kann nicht verhindern, daß der aus der Ehewohnung verwiesene Ehegatte den andern "auf die Straße setzt", indem er als alleiniger Mieter das Mietverhältnis kündigt oder als Eigentümer das Hausgrundstück verkauft, bzw. als Miteigentümer die Teilungsversteigerung betreibt².

Wie es scheint, werden diese Mißstände nun de lege ferenda beseitigt werden. Im Bundesjustizministerium existiert der Entwurf eines

1) Vgl. S. 61 und S. 62 ff.

2) Zu den Ehewohnungsproblemen getrennt lebender Ehegatten, vgl. Hanisch, NJW 63, 1033 ff.

2. EheRG¹, welcher unter anderem auch eine Regelung über die Benutzung der Ehewohnung zum Getrenntleben vorsieht und in § 1361 a E folgende Bestimmungen trifft:

3.3.1 Die Voraussetzungen für eine Regelung über die Benutzung der Ehewohnung

§ 1361 a Abs. 1 S. 1 E formuliert eine Generalklausel: Leben die Ehegatten getrennt oder will mindestens einer von ihnen die häusliche Gemeinschaft in der Absicht aufheben, sie nicht wieder herzustellen, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt, so kann ein Ehegatte vom anderen verlangen, daß er ihm die alleinige Benutzung der Ehewohnung oder eines Teils derselben überläßt, soweit dies nach Abwägung aller Umstände des Falles, insbesondere der Belange beider Ehegatten und des Wohles gemeinsamer Kinder, erforderlich ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden.

Nach dieser Regelung kommt es also bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen für eine Überlassung der Ehewohnung vorliegen, auch dann nicht auf ein Recht zum Getrenntleben an, wenn die Trennung der Eheleute erst herbeigeführt werden soll. Das ist jedoch unbedenklich, weil der Richter nicht wie bei der analogen Anwendung des § 1361 a BGB bereits dann tätig werden muß, wenn die Aufteilung oder Zuweisung der Ehewohnung der Billigkeit entspricht. Dem Wunsch nach Trennung im Sinne des § 1567 BGB wird vielmehr erst dann

1) Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (2. EheRG), Stand: 29. Januar 1982.

nachgegeben, wenn die Wohnungsregelung erforderlich ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden. Der Richter soll also von vornherein nur in Ausnahmefällen tätig werden, womit im Prinzip sichergestellt ist, daß er die Trennung nicht zu früh verfügt und das Getrenntleben tatsächlich die "letzte" Chance für eine Aussöhnung der Eheleute darstellt.

Wann konkret die Überlassung der Ehewohnung erforderlich ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden, wird aber wohl eine streitige Frage werden. In der Begründung zum Entwurf ist lediglich von "besonders strengen Maßstäben" die Rede, die anzulegen seien, wenn durch die Überlassung der gesamten Ehewohnung an einen Ehegatten die Trennung der Eheleute erst herbeigeführt werden soll. In Ausnahmefällen könne hier die Wohnungszuweisung gerechtfertigt und notwendig sein, zum Beispiel, wenn der andere Ehegatte trunksüchtig und gewalttätig ist, aber die Trennung oder Scheidung ablehnt. Diesen Ausführungen ist die Zustimmung des OLG Köln vermutlich ebenso sicher wie die Zustimmung des OLG Karlsruhe! Der gegenwärtige Streit in der Rechtsprechung, welche Umstände eine Wohnungszuweisung an den trennungswilligen Ehegatten erlauben, setzt erst unterhalb dieser Schwelle ein. Es ist vor-

1) Begründung zu dem Entwurf eines 2. EheRG,
Stand: 29. Januar 1982, S. 54.

hersehbar, daß diese Auseinandersetzung im Rahmen des unbestimmten Rechtsbegriffs "unbillige Härte" fortgesetzt werden wird. Die zuvor unter 3.2 erörterten Fragen und Probleme dürften im neuen Recht allesamt weiter diskutiert werden.

3.3.2 Ausgleich für den Verlust der Ehwohnung

Besitzt ein Ehegatte gegen den anderen einen Anspruch auf Überlassung der Ehwohnung, so ist er dem weichenden Ehegatten zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet, wenn dies der Billigkeit entspricht (§ 1361 a Abs. 1 S. 2 Entw.). Ob der Verlust der Wohnmöglichkeit in Geld auszugleichen ist, bzw. wie hoch diese Summe zu sein hat, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Eine Ausgleichszahlung kommt zum Beispiel in Betracht, wenn

- die in Miteigentum beider Ehegatten stehende Ehwohnung einem von ihnen zugewiesen wird,
- beide Ehegatten zum Aufbau der bisherigen Ehwohnung gemeinsam Mittel aufgebracht haben,
- das Wohl gemeinschaftlicher Kinder den Ausschlag gegeben hat, die Ehwohnung dem leistungsfähigeren Ehegatten zuzusprechen, und der weichende Ehegatte nur unter Aufwendung erheblicher Mittel (z.B. für Umzugskosten) geeigneten Ersatz finden kann.

3.3.3 Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse an der Ehwohnung

§ 1361 a Abs. 2 und Abs. 3 Entw. weisen dem Fami-

1) a.a.O., S. 54 f.

lienrichter folgende Befugnisse für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung zu:

- Bei Mietwohnung kann das Gericht das Mietverhältnis in der Weise umgestalten, daß der zum Verbleib in der Ehewohnung berechtigte Ehegatte ein von beiden Ehegatten eingegangenes Mietverhältnis allein fortsetzt oder in ein vom anderen Ehegatten eingegangenes Mietverhältnis eintritt (§ 1361 a Abs. 2 S. 1 Entw.). Bei Teilung der Wohnung kann das Gericht an Stelle des bisherigen Mietverhältnisses neue Mietverhältnisse an den Teilwohnungen begründen und die Vertragsbedingungen festlegen (§ 1361 a Abs. 2 S. 2 Entw.)
- Besteht kein Mietverhältnis an der Ehewohnung (z.B. bei einer Eigentumswohnung oder einem Eigenheim), so kann das Gericht zugunsten des zum Verbleib in der Ehewohnung Berechtigten ein Mietverhältnis an der Ehewohnung oder einem Teil derselben begründen und die Vertragsbedingungen festlegen (§ 1361 a Abs. 3 S. 1 Entw.). Wird ein Mietverhältnis nicht begründet, so kann das Gericht dem Berechtigten die Zahlung einer Nutzungsentschädigung zugunsten desjenigen auferlegen, in dessen dingliches Nutzungsrecht an der Ehewohnung eingegriffen wird (§ 1361 a Abs. 3 S. 2 Entw.)

Aufgrund dieser Befugnisse kann der Richter klare Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung schaffen. Das dient zum einen dem Schutz desjenigen Ehegatten, der zur Benutzung der Ehewohnung weiter berechtigt ist. Er braucht nicht mehr zu befürchten, daß der ausgezogene Ehegatte seine Rechtsstellung als Mieter oder Eigentümer der Ehewohnung dazu mißbraucht, um ihn aus der Wohnung zu

setzen. Andererseits nützt die Umgestaltung der Rechtsverhältnisse auch dem Ehegatten, der die Ehewohnung (ganz oder teilweise) räumen muß. Bei einer Mietwohnung wird er von seinen bisherigen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter befreit. Steht die Ehewohnung in seinem Eigentum, kann er Miete oder Zahlung eines Nutzungsentgelts verlangen.

Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung setzt nicht die Zustimmung des Vermieters, des Hauseigentümers oder desjenigen voraus, der sonst ein dingliches Nutzungsrecht an der Ehewohnung besitzt. Doch dürfen deren Rechte nicht in unzumutbarer Weise geschmälert werden. So kann das Gericht den Ehegatten geeignete Verpflichtungen auferlegen, um die Erfüllung der Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis zu sichern (§ 1361 a Abs. 2 S. 3 und 4 Entw.). Gleiches gilt, wenn die Wohnungsregelung in das Nutzungsrecht eines Dritten an der Ehewohnung eingreift (§ 1361 a Abs. 3 S. 3 Entw.).

3.3.4 § 1361 a Abs. 4 BGB im Entwurf

§ 1361 a Entw. stellt in Abs. 4 klar, daß das Gericht die Eigentumsverhältnisse an der Ehewohnung nicht ändern kann. Die Beteiligten sind dadurch nicht gehindert, eine Änderung der Eigentumsverhältnisse zu vereinbaren. Eine entsprechende ausdrückliche Regelung wie im geltenden § 1361 a Abs. 4 BGB ist jedoch entbehrlich, da bei der Ehewohnung keine Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB eintreten kann.

4. DER STREIT UM DAS KIND

4.1 Die Rechtslage

Steht bei einem Elternpaar die Trennung ins Haus und kann es sich nicht über den künftigen Verbleib der Kinder verständigen, muß derjenige Elternteil, der die Ehewohnung verlassen will, eine schwierige Entscheidung treffen. Soll er vollendete Tatsachen schaffen und die Kinder kurzerhand mitnehmen - auch gegen den Widerspruch seines Ehegatten oder gar heimlich, ohne dessen Wissen? Oder soll er die Kinder zunächst in der Obhut seines Partners zurücklassen und nach vollzogener Trennung gemäß § 1672 BGB die Übertragung des Sorgerechts auf sich beantragen?

Im ersten Fall wäre sein Handeln rechtswidrig. Zwar besitzen beide Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (§§ 1626 Abs. 1, 1631 Abs. 1 BGB). Nach § 1627 BGB sind sie jedoch verpflichtet, die elterliche Sorge im gegenseitigen Einvernehmen auszuüben. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, sich zu einigen. Kein Elternteil darf sich über den entgegengesetzten Willen des andern schlicht hinwegsetzen, ansonsten können ihm Nachteile bei einer späteren Regelung des Sorgerechts und unter Umständen auch im Bereich des Unterhaltsrechts entstehen¹.

Entscheidet sich der zum Getrenntleben entschlossene Ehegatte aber für die zweite Alternative, so läuft er Gefahr, das Sorgerecht für die Kinder auf immer zu verlieren. Die Zeit spielt

1) Genauerer siehe S. 106 ff.

dabei eine maßgebliche Rolle. Sie arbeitet für denjenigen Elternteil, der weiter mit den Kindern zusammenlebt, sie täglich versorgen und mit Liebe umgeben kann. Nach Erkenntnissen der Psychologie bewahren und festigen sich hier die bestehenden emotionalen Bindungen der Kinder an den verbliebenen Elternteil, und es wird eine Entwicklung eingeleitet, die bei der Entscheidung über das künftige Schicksal der Kinder gemäß § 1672 iV § 1671 Abs. 2 BGB berücksichtigt werden muß¹. Dagegen hat der abwesende Elternteil, der nur 'besucht' oder 'besucht wird', wenig Aussichten, die bisherige Vertrautheit zwischen sich und den Kindern zu erhalten². Dieser Prozeß der Entfremdung, der je nach Alter der Kinder bereits nach Tagen oder Wochen einsetzt³, wird noch verstärkt, wenn sich die Kinder von dem weggegangenen Elternteil zurückgesetzt fühlen⁴. Einen solchen Bruch in der Beziehung zu Vater

-
- 1) Lempp, S. 27; Goldstein u.a., Jenseits des Kindeswohls, S. 33 ff und S. 37; Beer, Unsere Jugend 80, 256; Ell, ZBlJugR 80, 321; auch Arntzen, S. 18.
 - 2) Goldstein u.a., S. 37 f., auch Fthenakis, Niesel, Kunze, S. 136 ff. bzgl. der Beziehung des nichtsorgeberechtigten Vaters zu seinem Kind. Fthenakis u.a. betonen zwar das positive Potential einer fortgesetzten Vater-Kind-Beziehung nach einer Scheidung, räumen aber ein, daß der Aufbau einer solch festen Beziehung häufig scheitert (S. 137).
 - 3) Goldstein u.a., S. 40.
 - 4) Vgl. Klußmann, FamRZ 82, 121; Beres, ZBlJugR 82, 450 f.

oder Mutter kann der Familienrichter aber nicht außer Acht lassen, wenn er - unter Umständen erst Monate später¹ - entscheidet, welcher Elternteil nach § 1672 BGB in Zukunft zur Personensorge berufen sein soll.

In dieser Situation erscheint es naheliegend, die Gerichte bereits vor dem Auszug aus der ehelichen Wohnung einzuschalten und im Hinblick auf die bevorstehende Trennung eine Regelung des Sorgerechts herbeizuführen. Gerade in diesem Punkt gestaltet sich die Rechtslage aber sehr unbefriedigend.

Eine Entscheidung des Familiengerichts nach § 1672 BGB setzt voraus, daß die Eheleute bereits nicht nur vorübergehend getrennt leben, kommt also in unserem Zusammenhang nur in Betracht, wenn der zur Aufgabe der ehelichen Lebensgemeinschaft entschlossene Ehegatte bereit und in der Lage ist, die Trennung innerhalb der Ehewohnung zu vollziehen. Getrenntleben in der Ehewohnung aber - das haben wir bereits gesehen - ist gerade mit Blick auf das Wohlergehen der Kinder äußerst problematisch². Die Verschärfung des Streits

1) Nach einer Erhebung aus den Jahren 1975/76 wurden Verfahren zu den §§ 1671, 1672 und 1666 BGB aF nur in 22 - 32 % innerhalb von drei Monaten abgeschlossen, in 43 - 62 % lag die Verfahrensdauer zwischen drei und 12 Monaten und in 15 - 24 % zum Teil weit darüber (Simitis u.a., S. 45 und 53; Zenz, psychosozial, 78, 69, 81). Diese Zahlen können nach den Beobachtungen von Beres, ZBlJugR 82, 4 und 8 auch für das gegenwärtige Recht gelten.

2) Siehe S. 52.

zwischen den Eltern ist unter diesen Umständen vorprogrammiert. Ein Sachverhalt, wie er der Entscheidung des OLG Karlsruhe, FamRZ 80, 1154 zugrundeliegt, läßt ahnen, welche seelischen Belastungen ein Kind in diesem Fall ständig ausgesetzt ist¹. Über ein Jahr mußten die beiden neun und zwölf Jahre alten Töchter der Parteien nicht nur miterleben, wie die Mutter den Vater mied und aus allen Bereichen des häuslichen Lebens ausgrenzte, sondern standen sie offenbar auch im Zentrum der elterlichen Auseinandersetzungen. Zunächst klagte die Mutter gegen den Vater auf Zahlung von Kindesunterhalt, dann wollte der Vater der Mutter durch das Vormundschaftsgericht untersagen lassen, die Kinder gegen ihn zu beeinflussen. Man kann aber von keinem Elternteil verlangen, sein Kind einer solch extremen Konfliktsituation auszusetzen, die dessen psychischer Entwicklung über kurz oder lang nur abträglich sein kann. Daher muß im Interesse der Kinder das Getrenntleben innerhalb der Ehewohnung als Lösungsmöglichkeit zumindest insoweit ausscheiden, als damit die Regelung der gesamten elterlichen Sorge in einer Endentscheidung nach § 1672 BGB angestrebt wird.

Zu erwägen bleibt, ob das Getrenntleben innerhalb der Ehewohnung dann vertretbar und sinnvoll ist, wenn der Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge lediglich dazu dienen soll, die Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts mittels vorläufiger Anordnung zu ermöglichen. Ein solcher Antrag auf Erlaß einer vorläufigen

1) Vgl. auch OLG Köln, FamRZ 82, 807.

Anordnung, der im Rahmen eines selbständigen Verfahrens nach § 1672 BGB grundsätzlich möglich ist¹, verspricht schnelle Erledigung. Auch wäre dem Ehegatten, der ausziehen will und deshalb auf eine gerichtliche Entscheidung drängt, mit der vorläufigen Regelung nur eines Teilbereichs der elterlichen Sorge geholfen. Doch zu Recht halten sich die Gerichte in Sorgerechtsverfahren mit vorläufigen Regelungen, die nur aufgrund einer summarischen Prüfung des Sachverhalts ergehen, zurück. Man weist darauf hin, daß erfahrungsgemäß die erstmalige Regelung im Bereich des Sorgerechts spätere Entscheidungen in erheblichem Umfang präjudiziert und daher nicht sorgfältig genug getroffen werden kann². Aus diesem Grund regeln die Gerichte das Aufenthaltsbestimmungsrecht nur dann, wenn ein besonders dringendes Bedürfnis für ein unverzügliches Einschreiten des Gerichts besteht³. Eine sofortige Entscheidung muß unumgänglich sein, um eine Gefährdung des Kindes abzuwenden⁴. Von diesem Standpunkt aus erscheint es aber sehr zweifelhaft, eine vorläufige Anordnung zu erlassen, weil ein Elternteil dem anderen die Mitnahme der Kinder beim Auszug aus der ehelichen Wohnung nicht gestattet. Das Kindeswohl kann in einzelnen Fällen zwar gefähr-

1) Unstr., Palandt-Diederichsen, § 1672, 1; MünchKomm-Hinz, Ergänzung zu § 1672, Rz. 12 und Rz. 15; Keidel/Kuntze/Winkler, FG, § 19, Rz. 25; OLG Stuttgart, FamRZ 82, 1235; KG, FamRZ 81, 83.

2) OLG Stuttgart, FamRZ 80, 400.

3) Soergel-Lange, § 1672 Rz. 12; MünchKomm-Hinz, Ergänzung zu § 1672, Rz. 14; Gernhuber, § 56 I, 4 (S. 855); OLG Stuttgart, FamRZ 82, 1235; KG FamRZ 81, 83; OLG Stuttgart, FamRZ 80, 935 (936); KG, FamRZ 77, 475 (477).

4) a.a.O.

det sein, wenn der zurückbleibende Ehegatte zum Beispiel aus beruflichen Gründen nicht in der Lage ist, die Kinder selbst oder mit Hilfe einer weiteren Person zu versorgen. Doch dürfte der Nachweis einer solchen Gefährdung in der Regel nur gelingen, wenn die Kinder noch nicht im schulpflichtigen Alter sind¹.

Es bleibt also nur der Weg zum Vormundschaftsgericht. Hier kommt als Rechtsgrundlage für die Regelung des Sorgerechts allein § 1666 BGB in Betracht, jedoch muß man sich in unserem Zusammenhang auch § 1631 BGB und vor allem § 1628 BGB ansehen.

§ 1666 BGB scheidet nach kurzer Prüfung aus. Diese Vorschrift gestattet einen Eingriff in das Sorgerecht eines Elternteils nur, wenn dieser das Wohl des Kindes durch mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes oder durch unverschuldetes Versagen gefährdet². Bei einem Streit der Eltern über den Aufenthalt ihrer Kinder während des Getrenntlebens wird jedoch in der Regel auf keiner Seite eine solch grobe Verletzung elterlicher

1) Vgl. hierzu OLG Stuttgart, FamRZ 80, 935 (936); KG, FamRZ 77, 475 (477).

2) Der vierte Tatbestand des § 1666 BGB, die Kindeswohlgefährdung durch das Verhalten Dritter löst lediglich Maßnahmen aus, die sich nach § 1666 Abs. 1, S. 2 BGB unmittelbar gegen den Dritten richten (Diederichsen, NJW 80, 7).

Pflichten vorliegen¹.

Auch § 1631 Abs. 3 BGB, wonach das Vormundschaftsgericht die Eltern auf Antrag bei der Ausübung der Personensorge in geeigneten Fällen zu unterstützen hat, erweist sich als wenig hilfreich. Im Streit der Eltern um das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist mehr gefordert als die bloße Unterstützung eines Elternteils, da jede Entscheidung des Vormundschaftsgerichts zwangsläufig in das Sorgerecht des einen oder anderen Ehegatten eingreifen würde. Solche Maßnahmen aber sind im Rahmen des § 1631 Abs. 3 BGB unzulässig².

Einschlägig ist dagegen § 1628 BGB: Können sich die Eltern in einer einzelnen Angelegenheit der elterlichen Sorge, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, nicht einigen, so kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag eines Elternteils die Entscheidung einem Elternteil übertragen, sofern dies dem Wohle des Kindes entspricht. Zweifellos ist der Streit um den Aufenthalt des Kindes eine so bedeutsame Angelegenheit,

1) Vgl. hierzu auch die Entscheidung des OLG München, FamRZ 79, 1037. Es hatte unseren Fall aus der Sicht des zurückbleibenden Vaters zu entscheiden. Dieser wollte seiner Ehefrau durch das Familiengericht untersagen lassen, die Kinder bei ihrem geplanten Auszug aus der Ehewohnung mitzunehmen. Er konnte sich mit diesem Anliegen weder beim Familiengericht noch beim Vormundschaftsgericht durchsetzen.

2) Soergel-Lange, § 1631 Rz. 25; Gernhuber, § 49, VII 5 (S. 733); OLG Hamm, FamRZ 76, 284 (285).

daß Eltern das Vormundschaftsgericht als streitentscheidende Instanz anrufen können¹. Der Nachteil dieser Lösung liegt jedoch auf der Hand. Im Grunde trifft das Vormundschaftsgericht eine vorläufige Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts für die Zeit des Getrenntlebens. Damit wird in diesem Punkt eine konkurrierende Zuständigkeit von Familiengericht und Vormundschaftsgericht geschaffen. Es ist leicht vorstellbar: Der Ehegatte, der vor dem Vormundschaftsgericht unterlegen ist, wird sofort nach vollzogener Trennung beim Familiengericht einen Antrag gemäß § 1672 BGB samt einem Antrag auf vorläufige Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts stellen, in der (unter Umständen auch berechtigten) Hoffnung, der Familienrichter werde die Sachlage anders beurteilen als der Vormundschaftsrichter. Diese Konkurrenz von Familiengericht und Vormundschaftsgericht - dem geltenden Recht bei Sorgerechtsangelegenheiten keineswegs fremd² - kann man wie Schlüter/König unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten kritisieren³. Es widerspricht der

1) Gernhuber, § 50 II 4 (S. 757); Erman-Ronke, § 1628, Rz. 12; Soergel-Lange, § 1628 Rz. 9; Palandt-Diederichsen, § 1628, 2 c m.w.Nachw.

2) Zur Kritik an der vom 1. EheRG und vom SorgeRG vorgenommenen unklaren Funktionsabgrenzung zwischen Familiengericht und Vormundschaftsgericht in Sorgerechtsangelegenheiten: Knöpfel, FamRZ 77, 609; Brüggemann, FamRZ 77, 15; Bosch, FamRZ 77, 580; FamRZ 80, 10.

3) Schlüter/König, FamRZ 82, 1163.

Prozeßökonomie, das Vormundschaftsgericht und das Familiengericht mit derselben Sachfrage zu befassen, was eigene Ermittlungen des jeweils zuständigen Gerichts erfordert und zu einem unterschiedlichen Rechtsmittelzug (Landgericht respektive Oberlandesgericht) führt¹. Der entscheidende Punkt der Kritik liegt aber in folgendem: Wir haben bereits gesehen, daß die Familiengerichte die Regelung der elterlichen Sorge bevorzugt in einer Endentscheidung treffen. Einer vorläufigen Regelung begegnet man mit Vorsicht, weil sie die Endentscheidung faktisch präjudiziert, mit anderen Worten, weil jede Änderung der vorläufigen Entscheidung im Hinblick auf das Interesse des Kindes an kontinuierlichen Bindungen problematisch ist. Die Anwendung des § 1628 BGB in den Fällen der vorliegenden Art führt aber zu einer Entscheidung, die noch nicht einmal durch die Gleichheit in der Person des Richters davor geschützt ist, in der Sache rückgängig gemacht zu werden. Aus diesem Grund stellt auch die Möglichkeit einer Entscheidung nach § 1628 BGB keine befriedigende Lösung für unser Problem dar.

In der Praxis führt diese rechtliche Situation dazu, daß der zum Getrenntleben entschlossene Ehegatte in aller Regel handelt und die Kinder beim Auszug aus der Ehewohnung mitnimmt. Allerdings, nicht immer fällt dieser Entschluß leicht - so mancher Anwalt kann das bestätigen. Es gibt durchaus Eltern, die vor einer solch Provokation gegenüber dem Ehepartner zurückscheuen. Zudem müssen die Betroffenen auch mit Sanktionen

1) Schlüter/König, a.a.O.

seitens der Rechtsprechung rechnen. Im Sorgerechtsverfahren selbst ist das Risiko freilich noch gering. Nur selten liest man Bemerkungen wie, es werde "leichter fallen, einen Aufenthaltswechsel zu bestimmen, wenn damit eine Entführung oder ein unberechtigtes Einbehalten des Kindes durch einen Elternteil rückgängig gemacht wird"¹. Normalerweise hält sich die Rechtsprechung im Interesse der Kinder sehr zurück. Der Verstoß von Vater oder Mutter gegen das Elternrecht des Ehepartners wird bei der Beurteilung der Erziehungsfähigkeit lediglich als Minuspunkt verbucht, aber ansonsten nicht ausschlaggebend gewertet². Erst in der Frage des Ehegattenunterhalts verleiht die Rechtsprechung ihrer Mißbilligung deutlich Ausdruck: "Ein Ehegatte, der unter den Voraussetzungen des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB den andern verläßt, darf sich nicht deshalb seines Unterhaltsanspruchs sicher sein, weil er ein gemeinsames Kind eigenmächtig mit sich nimmt, und zwar selbst dann nicht, wenn er meint, es wegen der Berufstätigkeit seines Ehepartners besser versorgen zu können. .. Die Gewährung eines Unterhaltsanspruches in solchen Fällen würde eine unzulässige Prämierung der Verletzung des Elternrechts des Verpflichteten darstellen"³. Mit dieser Begründung sorgte das Bundesverfassungsgericht durch eine einschränkende Auslegung des § 1579 Abs. 2 BGB dafür, daß diese Vorschrift nur denjenigen

-
- 1) Arntzen, S. 19. Vgl. auch die ablehnende Anmerkung von Schlosshauer-Selbach zu BGH, FamRZ 81, 135 in FamRZ 81, 536 ff.
 - 2) BGH, FamRZ 81, 135 (138); OLG Celle, FamRZ 78, 622.
 - 3) BVerfG, FamRZ 81, 745 (750).

Ehegatten von der Unbilligkeitsklausel des § 1579 Abs. 1 BGB freistellt, der entweder mit Billigung des andern Elternteils oder aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung die Kinder betreut¹.

Es ist hier nicht der Ort, die Berechtigung dieser Sanktionen ehelichen und elterlichen Verschuldens zu diskutieren². In unserem Kontext interessiert vielmehr die Frage, wie man demjenigen Ehegatten helfen kann, der im Einklang mit Gesetz und Recht die Kinder beim Auszug aus der Ehewohnung mitnehmen will. Die Antwort hierzu soll nachfolgend zunächst im materiellen Recht, dann auf prozessualer Basis gesucht werden.

Im materiellen Recht könnte man daran denken, § 1672 BGB analog anzuwenden und eine Regelung des Sorgerechts bereits dann zuzulassen, wenn die Eheleute zwar noch nicht getrennt leben, aber zumindest ein Ehegatte hierzu fest entschlossen ist und im Hinblick darauf eine familiengerichtliche Entscheidung beantragt. Doch nur auf den ersten Blick scheint an dieser Stelle eine planwidrige Regelungslücke im Recht der elterlichen Sorge zu bestehen, die einen solchen Analogieschluß ermöglichen und fordern würde. Bei genauerer Betrachtung der gesetzlichen Vorschriften zur elterlichen Sorge erweist sich das Gegenteil. Die bestehende Regelung schneidet trennungswilligen Eltern zwar die Möglichkeit ab, eine familiengerichtliche Sorgerechtsent-

1) a.a.O.

2) Kritisch gegenüber dem BVerfG Limbach, Brühler Schriften, Band 2, S. 51 = ZRP 82, 61 ff.; vgl. auch Derleder, JZ 80, 576 ff.

scheidung zu erwirken. Dies geschieht jedoch nicht planwidrig, sondern bewußt.

Bereits der Wortlaut des § 1672 BGB gibt zu denken. § 1672 BGB gestattet einen Sorgerechtsbeschluß entsprechend den in § 1672 BGB für die Sorgerechtsentscheidung nach der Scheidung aufgestellten Grundsätzen erst, wenn die Eltern "nicht nur vorübergehend" getrennt leben. Im Gegensatz zu allen anderen Vorschriften, die das Getrenntleben der Eheleute regeln (wie § 1357 Abs. 3 BGB; § 1361 BGB; § 1361 a BGB; § 1362 Abs. 2, S. 2 BGB; § 1385 BGB) spricht § 1672 BGB also nicht schlicht vom Getrenntleben, sondern betont, daß die Dauer des Getrenntlebens nicht absehbar sein darf. Diese einschränkende Formulierung verrät die Absicht des Gesetzgebers, keinesfalls zu früh eine Sorgerechtsregelung möglich zu machen. Dem Getrenntleben der Eheleute soll bereits etwas Endgültiges anhaften, bevor eine so einschneidende Bestimmung, wie die der Sorgerechtsübertragung auf ein Elternteil getroffen werden darf. Eine solche Zurückhaltung spricht aber für die Annahme, daß sich § 1672 BGB bewußt auf den Zeitraum nach vollzogener Trennung bezieht und erst dann die Notwendigkeit einer Sorgerechtsregelung generell für indiziert erachtet.

Diese Interpretation wird durch einen Blick in die Gesetzesmaterialien zu § 1672 BGB bestätigt. Die Entwürfe zum 1. EheRG¹ und zum SorgeRG² planten im Vergleich zur geltenden Fassung des

1) BTDrucks. 7/650.

2) BTDrucks. 7/2060.

§ 1672 BGB eine Erweiterung. Die Regelung der elterlichen Sorge sollte nicht nur bei dauerndem Getrenntleben der Eltern möglich sein, sondern auch, wenn die Ehegatten die Scheidung, die Aufhebung oder die Nichtigerklärung ihrer Ehe beantragt hatten¹. Mitunter, so lautete die Begründung der Bundesregierung, lebten die Eltern zu diesem Zeitpunkt noch zusammen; die Kinder müßten aber auch in solchen Ausnahmefällen nach Möglichkeit aus dem Streit der Eltern herausgehalten werden². Diese Begründung macht deutlich, daß das Zusammenleben der Eltern einer Sorgerechtsregelung grundsätzlich entgegensteht und dieses Prinzip erst in einem sehr späten Stadium der ehelichen Krise durchbrochen werden sollte, nämlich dann, wenn ein Ehegatte den Entschluß zur Scheidung bereits in die Tat umgesetzt hat. Daraus ergibt sich, daß eine analoge Anwendung des § 1672 BGB vor diesem Zeitpunkt ausgeschlossen ist. Im Ergebnis gilt dieser Umkehrschluß noch heute. Zwar wurde die geplante Erweiterung des § 1672 BGB im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen. Man hielt die Ergänzung aber nicht für sachlich unrichtig, sondern im Hinblick auf § 620 ZPO für überflüssig³.

Da eine analoge Anwendung des § 1672 BGB ausscheidet, bleibt zu überlegen, ob man statt dessen die Zuständigkeit des Familiengerichts

1) BTDrucks. 7/650, S. 17; BTDrucks. 7/2060, S. 7.

2) BTDrucks. 7/2060, S. 34.

3) BTDrucks. 7/2060, S. 55.

auf die Entscheidung nach § 1628 BGB ausdehnen kann, wenn sich die Eltern im Hinblick auf ihre bevorstehende Trennung um den künftigen Verbleib der Kinder streiten. Auch diese prozessuale Lösung würde dazu beitragen, die Kinder möglichst schnell und dauerhaft dem Streit der Eltern zu entziehen. Sie ermöglicht nämlich eine gerichtliche Entscheidung, die sowohl den Streit der Eltern um das Sorgerecht in der wichtigen Frage der Aufenthaltsbestimmung beendet, als auch gute Aussichten hat, im Verfahren gemäß § 1672 BGB inhaltlich bestätigt zu werden. Denn zum einen liegt die Entscheidung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht sowohl vor als auch nach der Trennung in der Hand desselben Richters. Zum anderen beruht die Entscheidung gemäß § 1628 BGB nicht auf einer summarischen Prüfung des Sachverhalts, sondern die dem Kindeswohl am besten entsprechende Lösung kann vom Richter nach eingehenden Ermittlungen getroffen werden.

Die prozessuale Lösung steht der Analogie zu § 1672 BGB nicht nur nichts nach, sie ist ihr sogar in einem Punkt überlegen. Für den Fall, daß es wider Erwarten nicht zu der beabsichtigten Trennung der Eheleute kommt - etwa, weil sich die Eheleute doch noch einmal versöhnt haben - wird die Entscheidung nach § 1628 BGB ohne Zutun der Parteien oder des Gerichts gegenstandslos. Sie bezieht sich ja nur auf ein konkretes Ereignis. Eine Übertragung des Sorgerechts analog § 1672 BGB bliebe hingegen bestehen und müßte vom Familiengericht ausdrücklich wieder aufgehoben werden¹.

1) MünchKomm-Hinz, § 1672 Rz. 9; BayObLG NJW 71, 197.

Einen Weg, auf dem die Ausdehnung der familiengerichtlichen Zuständigkeit auf die Entscheidung nach § 1628 BGB erreichbar ist, hat das 1. EheRG bereits vorgezeichnet. § 23 c GVG ermächtigt die Landesregierungen, durch Rechtsverordnung einem Amtsgericht für die Bezirke mehrerer Amtsgerichte die Familiensachen (§ 23 b Abs. 1 S. 2 GVG), sowie ganz oder teilweise die Vormundschaftsachen (§ 35 FGG) zuzuweisen. Der Gesetzgeber hatte nämlich vorhergesehen, daß die Zuweisung von Sorgerechtsangelegenheiten sowohl ans Familiengericht als auch ans Vormundschaftsgericht zahlreiche Abgrenzungsprobleme hervorrufen würde¹. Da er aber erst im Rahmen einer grundlegenden Neugliederung der Justiz das "große" Familiengericht schaffen und dem Familienrichter alle Vormundschafts- und Kindschaftssachen zuweisen wollte², war mit § 23 c GVG für die Übergangszeit wenigstens ein gewisser Ausgleich bezweckt³.

Überraschenderweise haben die Länder von der Möglichkeit, die Funktionen des Familiengerichts und des Vormundschaftsgerichts in der Person eines Amtsrichters zu vereinen⁴, kaum Gebrauch

1) BTDrucks. 7/650, S. 189.

2) BTDrucks. 7/650, S. 79 und S. 189; vgl. auch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neugliederung der ordentlichen Gerichtsbarkeit (1. Justizreformgesetz), § 9 Abs. 3.

3) BTDrucks. 7/650, S. 189.

4) Innerhalb eines Amtsgerichts ist die personelle Verknüpfung nur noch eine Sache des Geschäftsverteilungsplanes.

gemacht. Nur Hessen hat den Familiengerichten auch die Verfahren nach § 1666 BGB zugewiesen¹. Der Grund für die Zurückhaltung der Länder liegt jedoch nicht in einer Unkenntnis des oftmals engen sachlichen Zusammenhangs zwischen den Familien- und Vormundschaftssachen, sondern auf einer ganz anderen Ebene. Offenbar wehrten sich die kleineren Gerichtsorte bereits vehement gegen die Konzentration der Familiensachen an einem größeren Amtsgericht, da sie den Bedeutungsverlust ihrer Gemeinden befürchteten². Aufgrund dieser Erfahrung war man in den Verwaltungen der Länder wenig geneigt, die kleineren Amtsgerichte durch einen Zuständigkeitsverlust substantiell weiter zu schwächen³.

Diese kommunal- und rechtspolitischen Erwägungen machen verständlich, weshalb die Länder darauf verzichteten, die Vormundschaftssachen ganz oder in wesentlichen Teilen den Familiengerichten zuzuweisen. Bleibt lediglich zu überlegen, ob es als Lösung in unserem Fall sinnvoll wäre, wenn die Länder die Verfahren nach § 1628 BGB zumindest insoweit den Familiengerichten zuweisen, als sie den Streit trennungswilliger Eltern um den Aufenthalt des Kindes betreffen. Für eine solch feine Differenzierung erscheint jedoch der Erlass einer Landesverordnung nach § 23 c GVG als ein zu grobes Instrument.

Es stellt sich daher die Frage, ob man die par-

1) HessenVO vom 16. 12. 1976 (GVBl I S. 500).

2) Keller, VerwArch 81, 247 f.

3) a.a.O., S. 246.

tielle Ausdehnung der familiengerichtlichen Zuständigkeit auf die Entscheidung nach § 1628 BGB mit den schlichteren Mitteln der Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung erreichen kann.

Dem Wortlaut nach begründet § 1628 BGB eine Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts auch für die Fälle, in denen ein Elternteil sich dagegen wehrt, daß sein zum Getrenntleben entschlossener Partner die Kinder beim Auszug aus der Ehewohnung mitnehmen will. Insoweit bedarf § 1628 BGB jedoch entgegen seinem ausdrücklichen Wortlaut, aber gemäß dem Sinnzusammenhang des Gesetzes einer Einschränkung (teleologische Reduktion)¹. Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts auch in diesen Fällen widerspricht nämlich dem grundlegenden Prinzip, wonach das Gesetz die Zuständigkeit zwischen Vormundschaftsgericht und Familiengericht verteilt wissen will². Genauer: Im geltenden Ehe- und Familienrecht ist das Familiengericht ausschließlich zuständig für den Komplex "Auflösung der Ehe"³. Seit dem 1. EheRG sind daher alle Verfahren, die mit der Trennung der Ehe zusammenhängen, aus der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts ausgegliedert und in die Zuständigkeit des Familiengerichts überführt. Neben den verschiedenen Folge Regelungen der Ehescheidung gehören hierzu insbesondere auch die Regelungen aus dem Vorstadium der Scheidung, u.a. das Recht der elterlichen Sorge während des Ge-

1) Larenz, S. 375.

2) Zu der Frage, wann der Sinnzusammenhang des Gesetzes die teleologische Reduktion einer Norm fordert, vgl. Larenz, S. 376.

3) BTDrucks. 7/650, S. 78 ff.

trenntlebens (§ 1672 BGB)¹. Diesem Konzept der ausschließlichen Zuständigkeit des Familiengerichts für den Problemkomplex "Ehescheidung" läuft es jedoch zuwider, wenn die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts auch dort bejaht wird, wo die Streitigkeit der Eltern um den Aufenthalt des Kindes letztlich die Durchführung des Getrenntlebens betrifft und sich sachlich mit der Regelung des Sorge- und Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 1672 BGB überschneidet. § 1628 BGB muß daher für diese Fälle einschränkend gelesen und die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts verneint werden. Statt dessen ist kraft Sachzusammenhang das Familiengericht zur Entscheidung berufen. Die Einschränkung des § 1628 BGB im Wege der teleologischen Reduktion geht also - wie so oft² - mit der Ausdehnung des Anwendungsbereichs einer anderen Norm einher. Die Befugnis des Familiengerichts, während des Getrenntlebens das Sorgerecht der Eltern zu regeln (§ 1672 BGB), erstreckt sich nunmehr auch auf die Entscheidung, welcher Ehegatte das Kind bei der Durchführung des Getrenntlebens bei sich behalten kann.

4.2 Die Entscheidung des Familiengerichts nach § 1628 BGB

Ist das Familiengericht nach § 1628 BGB zur Entscheidung im Streit der Eltern aufgerufen, gestaltet sich das Verfahren wie folgt:

1) BTDrucks. 7/650, S. 79.

2) Larenz, S. 379.

Bevor das Gericht eine Regelung nach § 1628 BGB Abs. 1 BGB trifft, soll es darauf hinwirken, daß sich die Eltern auf eine dem Wohl des Kindes entsprechende Regelung einigen (§ 1628 Abs. 2 BGB).

Scheitern diese Bemühungen oder erscheinen sie von vornherein aussichtslos, hat das Gericht gemäß § 1628 Abs. 1 BGB demjenigen Ehegatten die Entscheidung über den Aufenthaltsort des Kindes zu übertragen, dessen Votum dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Dabei kann das Gericht die Übertragung der Entscheidungsbefugnis mit Beschränkungen und Auflagen verbinden (§ 1628 Abs. 1, S. 2 BGB).

Welcher Vorschlag der Eltern dem Wohl des Kindes am besten entspricht, kann der Richter nur im individuellen Fall entscheiden. Er wird in seine Beurteilung jedoch vor allem die Überlegungen einfließen lassen, die auch bei der Sorgerechtsregelung während des Getrenntlebens Gewicht haben. Immerhin trifft er im Grunde eine vorläufige Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts für die Zeit des Getrenntlebens und seine Entscheidung wird de facto die Entscheidung über die Frage des Sorgerechts bei Getrenntleben und nach eventueller Scheidung stark beeinflussen. Die Entscheidungsbefugnis über den Aufenthaltsort des Kindes soll daher vorrangig demjenigen Elternteil übertragen werden, der nach seiner Persönlichkeit und vor allem nach seiner Beziehung zu dem Kind (vgl. § 1671 Abs. 2 BGB) in der Lage erscheint, das Kind zu betreuen und seine seelische und geistige Entwicklung zu begünstigen. Daneben sind insbesondere die Bindungen des Kindes an seine Geschwister und zu seiner sozialen Umwelt zu berücksichtigen. Und letzt-

lich wird der Richter, je reifer das Kind im Zeitpunkt der Entscheidung ist, auf den vom Kind geäußerten Willen Rücksicht nehmen¹.

1) Schwab, Handbuch, S. 82 f.; Belchaus, § 1671, Rz. 7 ff.; OLG Düsseldorf, FamRZ 79, 631.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Entschluß zur Trennung stellt zahlreiche Eheleute - insbesondere die sozial schwächeren Ehepartner - vor schwierige Probleme, zu deren Lösung das Ehe- und Familienrecht nur wenig beiträgt. Diese ungeklärte rechtliche Situation bei der Durchführung des Getrenntlebens widerspricht der zentralen Rolle, die das Getrenntleben als regelmäßiges Vorstadium der Ehescheidung besitzt. Eine Korrektur ist daher notwendig.

Bei dieser Aufgabe muß vor allem die janusköpfige Bedeutung des Getrenntlebens im materiellen Scheidungsrecht beachtet werden. Das Gesetz sieht im Getrenntleben nicht nur ein objektives Zeichen ehelicher Zerrüttung und damit den ersten Schritt aus der Ehe, sondern es betrachtet das Getrenntleben auch als letzte Chance für eine Versöhnung der Ehegatten und setzt die Trennung insoweit bewußt als Mittel zur Aufrechterhaltung der Ehe ein.

Mit Rücksicht auf diese beiden unterschiedlichen Funktionen des Getrenntlebens sind die wichtigsten Fragen, die bei der Durchführung des Getrenntlebens auftreten, wie folgt zu beantworten:

- 1) Ein Ehegatte, der die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt, trennt sich nicht nur dann im Sinne des § 1567 BGB von seinem Ehepartner, wenn er aus der Ehewohnung auszieht, sondern auch, wenn er innerhalb der Ehewohnung die häusliche Gemeinschaft nach den gegebenen (räumlichen und persönlichen) Umständen so weit als möglich aufgibt.

- 2) Trotz der Einführung des Zerrüttungsprinzips im Scheidungsrecht unterscheidet das Bürgerliche Gesetzbuch nach wie vor zwischen berechtigtem und unberechtigtem Getrenntleben (§ 1353 Abs. 2 BGB). Doch steht den Eheleuten häufiger als früher ein Recht zum Getrenntleben zur Seite:

- Ein Ehegatte kann sich dem Verlangen seines Partners nach Fortführung der ehelichen Gemeinschaft nicht nur dann widersetzen, wenn die Ehe gescheitert ist oder wenn der andere durch schwere Eheverfehlungen sein Recht auf eheliches Zusammenleben verspielt hat, sondern auch dann, wenn er in einer tiefgreifenden ehelichen Krise die Trennung braucht, um Abstand gewinnen und die Beziehung zum Partner in Ruhe überdenken zu können.
- Sind sich die Eheleute in der Frage des Getrenntlebens einig, entfällt jede Diskussion um Recht und Unrecht der Trennung.

- 3) Das Familiengericht ist befugt, analog § 1361 a BGB die Benutzung der Ehewohnung zum Zweck des Getrenntlebens zu regeln, wenn sich die beabsichtigte Trennung mit § 1353 Abs. 2 BGB vereinbart.

Die Zuweisung der gesamten Ehewohnung an einen Ehegatten kommt dabei auch dann in Betracht, wenn eine Aufteilung der Räume zwar möglich wäre, der weitere Verbleib beider Ehegatten in der Ehewohnung aber zu unerträglichen Spannungen zwischen den Eheleuten und zu einer unzumutbaren Situation für die gesamte Familie

führt.

- 4) Wehrt sich ein Elternteil dagegen, daß ein zum Getrenntleben entschlossener Partner die Kinder beim Auszug aus der Ehewohnung mitnehmen will, können die Eltern das Familiengericht als streitentscheidende Instanz anrufen.

Das Familiengericht überträgt gemäß § 1628 BGB demjenigen Elternteil die Entscheidung über den Aufenthaltsort, dessen Votum dem Wohl des Kindes am besten entspricht. In der Regel wird das derjenige Elternteil sein, der voraussichtlich das alleinige Sorgerecht während des Getrenntlebens erhalten wird.

LITERATURVERZEICHNIS

- ADOMEIT, Klaus: Rechtstheorie für Studenten:
Normlogik - Methodenlehre - Rechtspolitologie.
2. Auflage. Heidelberg, Hamburg: v. Decker,
1981.
- ALTERNATIVKOMMENTAR - (Bearbeiter): Kommentar
zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5, Familien-
recht. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1981.
- AMBROCK, Erich: Ehe und Ehescheidung. Kommentar.
Berlin, New York: de Gruyter, 1977.
- ARNTZEN, Friedrich: Elterliche Sorge und persön-
licher Umgang mit Kindern. München: Beck,
1980.
- BASTIAN/ROTH-STIELOW/SCHMEIDUCH: 1. EherG: das
neue Ehe- und Scheidungsrecht. Kommentar.
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Kohlhammer,
1978.
- BEER, Ulrich: Der Streit um die Kinder. In: Unse-
re Jugend 80, S. 253 ff.
- BEITZKE, Günther: Familienrecht. 23. Auflage.
München: Beck, 1983.
- BELCHAUS, Günther: Elterliches Sorgerecht.
Kommentar zum Gesetz zur Neuregelung des
Rechts der elterlichen Sorge. Köln: Schmidt,
1980.
- BERES, Martin: Das Kindeswohl in der familien-
gerichtlichen Praxis. In: ZBlJugR 82, 1 ff.
- DERS.: Das Kindeswohl - Ein Wunschtraum?
Versuch einer Bilanz. In: ZBlJugR 82, 449 ff.
- BERGERFURTH, Bruno: Das Eherecht. 6. Auflage.
Freiburg i.Br.: Haufe, 1981.
- DERS.: Die negative Herstellungsklage im Ehepro-
zeß. In: FamRZ 65, 585 ff.
- BOSCH, Friedrich Wilhelm: Die Neuordnung des Ehe-
rechts ab 1. Juli 1977. In: FamRZ 77, 569 ff.
- DERS.: Anmerkung zu OLG Hamm, FamRZ 78, 355 -
5 UF 204/78 - . In: FamRZ 78, 356.

- BOSCH, Friedrich Wilhelm: Anmerkung zu OLG Hamm, FamRZ 79, 805 - 4 UF 389/78. In: FamRZ 79, 806.
- DERS.: Familiengerichtsbarkeit - Bewährung und weiterer Ausbau? In: FamRZ 80, 1 ff.
- BRÜGGEMANN, Dieter: Drei neuralgische Punkte des materiellen Scheidungsrechts. In: FamRZ 78, 91 ff.
- DERS.: Familiengerichtsbarkeit - Verfahren in Ehesachen im allgemeinen - Verfahren in anderen Familiensachen. In: FamRZ 77, 1 ff.
- BÜHLER, Alfred: Ehetrennung und Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes. Zürich: Schulthess, 1969.
- CAESAR-WOLF/ZAHLMANN-WILLENBACHER/VOEGELI/EIDMANN: Bericht über Durchführung und Ergebnisse einer Voruntersuchung zur Praxis des Ehescheidungsrechts nach dem 1. EheRG anhand der Aktenanalyse von Scheidungsverfahren an einem erstinstanzlichen Familiengericht. Universität Hannover, Fachbereich Rechtswissenschaften.
- DAMRAU, Jürgen: Probleme des neuen Rechts der Ehescheidung. In: NJW 77, 1620 ff.
- DEISENHOFER, Ulrich: Die Zuweisung der Ehewohnung vor Rechtshängigkeit eines Scheidungsantrags. In: FamRZ 79, 102 f.
- DERLEDER, Peter: Anmerkung zu BGH, JZ 80, 573 - IV b ZR 527/80. In: JZ 80, 576.
- DIEDERICHSEN, Uwe: Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge. In: NJW 80, 1 ff.
- DERS.: Das Recht der Ehescheidung nach dem 1. EheRG (Scheidungsgründe). In: NJW 77, 273 ff.
- DÖLLE, Hans: Familienrecht. Band I. Karlsruhe: Müller, 1964.
- ELL, Ernst: Anmerkungen aus psychologischer Sicht zur Regelung der Personensorge. In: ZBlJugR 80, 319 ff.
- ENGISCH, Karl: Einführung in das juristische Denken. 7. Auflage. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Kohlhammer, 1977.

- ERLER, Adalbert: Kirchenrecht. 5. Auflage.
München: Beck, 1983.
- ERMAN-(Bearbeiter): Handkommentar zum Bürger-
lichen Gesetzbuch. 2. Band. 7. Auflage.
Münster: Aschendorff, 1981.
- FINGER, Peter: Familienrecht mit familiensozio-
logischen und familienpolitischen Schwerpunk-
ten. Königstein/Ts.: Athenäum, 1979.
- FRIEDBERG, Emil: Lehrbuch des katholischen und
evangelischen Kirchenrechts. 6. Auflage. 1909.
(Unveränderter Nachdruck) Frankfurt a.M.:
Minerva, 1965.
- FTHENAKIS/NIESEL/KUNZE: Ehescheidung. Konsequen-
zen für Eltern und Kinder. München, Wien, Bal-
timore: Urban & Schwarzenberg, 1982.
- GASTINGER, Sigmund/OSWALD, Günther: Familien-
recht. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Kohl-
hammer, 1978.
- GERNHUBER, Joachim: Lehrbuch des Familienrechts.
3. Auflage. München: Beck, 1980.
- GIESEN, Dieter: Das neue Scheidungsrecht auf dem
Prüfstand der Rechtsprechung. In: JR 80,
177 ff.
- DERS.: Allgemeine Ehewirkungen gem. §§ 1353, 1356
BGB im Spiegel der Rechtsprechung. In: JR 83,
89 ff.
- GIESEN/GICK: Ein Jahr neues Ehescheidungsrecht.
In: JR 79, 1 ff.
- GOLDSTEIN, Joseph/FREUD, Anna/SOLNIT, Albert J.:
Jenseits des Kindeswohls. Frankfurt a.M.:
Suhrkamp, 1974.
- HABSCHEID, Walther, J.: Vermutungen im neuen
Scheidungsrecht. In: Festschrift für Friedrich
Wilhelm Bosch, S. 355 ff. Bielefeld: Giese-
king, 1976.
- HANISCH, Hans: Ehewohnungsprobleme getrennt le-
bender Ehegatten. In: NJW 63, 1033 ff.

- HEINZ, Karl Eckhardt: Die Trennungsfristen des neuen Eherechts und ihre Bedeutung für die Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens. In: DRiZ 78, 80 ff.
- HENRICH, Dieter: Familienrecht. 3. Auflage. Berlin, New York: de Gruyter, 1980.
- HILLERMEIER, Karl: Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts aus der Sicht der Bundesratsvorschläge. In: FamRZ 76, 577 ff.
- HOFFMANN-STEPHAN: Ehegesetz. Kommentar. 2. Auflage. München: Beck, 1968.
- HOLZHAUER, Heinz: Auslegungsprobleme des neuen Eherechts. In: JZ 1977, 729 ff.
- DERS.: Die Scheidungerschwernis des § 1565 Abs. 2 BGB. In: JZ 79, 113 ff.
- HUBRICH, Eduard: Das Recht der Ehescheidung in Deutschland. Berlin: Liebmann, 1891.
- JANS, Karl-Wilhelm/HAPPE, Günter: Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge. Kommentar mit Gesetzesmaterialien. Köln: Kohlhammer, 1980.
- KISSEL, Otto Rudolf: Ehe und Ehescheidung. Bd. 1. Kronberg/Ts.: Athenäum, 1977.
- KEIDEL/KUNTZE/WINKLER: Freiwillige Gerichtsbarkeit. 11. Auflage. München: Beck, 1978.
- KELLER, Rolf: Die Einrichtung der Familiengerichte in Baden-Württemberg. Verwaltungsarchiv (Bd. 72) 1981, 240 ff.
- KLUBMANN, Rudolf: Der verfassungsgemäße Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern (§ 1671 Abs. 4 S. 1 BGB). In: FamRZ 82, 118 ff.
- KNIEBES, Sigrid: Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG). In: DRiZ 76, 325 ff.
- KNÖPFEL, Gottfried: Zur Neuordnung des elterlichen Sorgerechts. In: FamRZ 77, 600 ff.
- LANTZKE, Ursula: Unterhalt und Getrenntleben - eine Bilanz der Eherechtsreform. In: NJW 79, 1483 ff.

LARENZ, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 5. Auflage. Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo: Springer, 1983.

LEMPPE, Reinhart: Die Ehescheidung und das Kind. München: Kösel, 1977.

LEUENBERGER, Hans: Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft nach Art. 169 ff. ZGB. Bern: Stämpfli & Co, 1944.

LIMBACH, Jutta: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Unterhaltssachen - eine kritische Bestandsaufnahme. In: Vierter Deutscher Familiengerichtstag vom 21. bis 24. Oktober 1981 in Brühl. Brühler Schriften zum Familienrecht. Band 2. S. 36 ff. (Kurzfassung in ZRP 82, 61 ff.).

LÜKE, Gerhard: Grundsätzliche Veränderungen im Familienrecht durch das 1. EheRG. In: AcP (178. Bd) 1978, 1 ff.

LYNKER, Hilmar: Hausrat und Wohnung in der ehelichen Krise. In: Juristisches Büro 79, 955 ff.

MIKAT, Paul: Religionsrechtliche Schriften. II. Halbband. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH -(Bearbeiter): Bd. 5, Familienrecht. München: Beck, 1978.

MÜNZBERG, Wolfgang: "Unzulässigkeit wegen Begründetheit?" - OLG Hamburg, JZ 1970, 355. In: JUS 71, 344 ff.

PALANDT-(Bearbeiter): Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. 42. Auflage. München: Beck, 1983.

PLÖCHL, Willibald U.: Geschichte des Kirchenrechts. Bd. II (Das Kirchenrecht der abendländischen Christenheit 1055 - 1517). 2. Auflage. Wien, München: Herold, 1962.

REICHSGERICHTSRÄTEKOMMENTAR-(Bearbeiter): Das Bürgerliche Gesetzbuch. 12. Auflage. Berlin, New York: de Gruyter, 1981.

REINHART, Gert: Zur Festlegung persönlicher Ehewirkungen durch Rechtsgeschäft. In: JZ 83, 184 ff.

- RICHTER/DOVE/KAHL: Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 8. Auflage. Leipzig: Tauchnitz, 1886. (Neudruck) Aalen: Scientia Verlag, 1975.
- ROLLAND, Walter: Das neue Ehe- und Familienrecht: 1. EheRG. Kommentar zum 1. Eherechtsreformgesetz. 2. Auflage. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1982.
- v. SAVIGNY, Friedrich Karl: Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform. In: Vermischte Schriften. Bd. 5. S. 222 ff. Berlin: Veit, 1850.
- v. SCANZONI, G.: Anmerkung zu RGZ 167, 301 ff. - IV 114/41. In: DR (Ausgabe A) 42, 86.
- SCHLOSSHAUER-SELBACH: Anmerkung zu BGH, FamRZ 81, 135 ff - IV b Z 586/80. In: FamRZ 81, 536 ff.
- SCHLÜTER, Wilfried/KÖNIG, Bernhard: Die Konkurrenz von Familiengericht und Vormundschaftsgericht in Sorgerechtsangelegenheiten - ein ungelöstes Problem. In: FamRZ 82, 1159 ff.
- SCHWAB, Dieter: Zur Reform des Ehescheidungsrechts. In: ENGLER/SCHWAB, Beiträge zur Familienrechtsreform, S. 9 ff. Paderborn: Schöningh, 1974.
- DERS.: Das Recht der Ehescheidung nach dem 1. EheRG: Die Scheidungsgründe. In: FamRZ 76, 491 ff.
- DERS.: Handbuch des Scheidungsrechts. München: Vahlen, 1977.
- DERS.: Probleme des materiellen Scheidungsrechts. In: FamRZ 79, S. 14 ff.
- DERS.: Familienrecht. 2. Auflage. München: Beck, 1983.
- SIMITIS, Spiros u.a.: Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Untersuchung über seine Verwirklichung in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1979.

SOERGEL-(Bearbeiter): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 6, Familienrecht. 11. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer, 1981.

STAUDINGER-(Bearbeiter): Kommentar zum BGB. Band IV, Familienrecht. 10./11. Auflage. Berlin: Schweitzer, 1975.

VOGEL, Hans-Jochen: Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976 (1. EheRG). In: FamRZ 76, 481 ff.

VOGEL, Harald: Zuständigkeit des Familien- oder des allgemeinen Prozeßgerichts zur Aufhebung eines "Hausverbots" bei getrennt lebenden Ehegatten außerhalb des Eheprozesses? In: FamRZ 78, 224 f.

WACKE, Andreas: Änderungen der allgemeinen Ehewirkungen durch das 1. EheRG. In: FamRZ 77, 505 ff.

WALLER-DÖHNER/KULM/HÖH: Soziologie der Scheidung. In: KÜHN/TOURNEAU, Familienrechtsreform - Chance einer besseren Wirklichkeit? S. 81 ff. Bielefeld: Giesecking, 1978.

WALTER, Gerhard: Das neue Verfahrensrecht in Ehe- und anderen Familiensachen. In: FamRZ 79, 663 ff.

WIECZOREK, Bernhard: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze. Kommentar. 2. Auflage. Berlin, New York: de Gruyter, 1977.

WOLF/LÜKE/HAX: Scheidung und Scheidungsrecht. Tübingen: Mohr (P. Siebeck), 1959.

ZENZ, Gisela: Das "Kindeswohl" in der richterlichen Entscheidung. In: psychosozial 78, S. 69 ff.

QUELLENVERZEICHNIS:

BUNDESTAGS-DRUCKSACHE 7/650, Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG)

BUNDESTAGS-DRUCKSACHE 7/2060, Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge.

BUNDESTAGS-DRUCKSACHE 7/4361, Zweiter Bericht und Antrag des Rechtsausschusses (6. Ausschuß) zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG).

BUNDESRATS-DRUCKSACHE 1/76 (BESCHLUSS), Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat zum Ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG).

CODIX AUGUSTEUS oder NEUVERMEHRTES CORPUS JURIS SAXONICI, worinnen die in dem Kurfürstentum Sachsen und dazu gehörigen Landen, auch denen Marggraffth Ober- und Nieder=Lausiß, publicirte und ergangene Constitutiones, Decisiones, Mandata und Verordnungen enthalten, nebst Eleucho, dienlichen Summarien und vollkommenen Registern, mit Ihrer Königlichen Majestät in Pohlen, als Churfürstens zu Sachsen, Allergnädigster Bewilligung ans Licht gegeben und in richtige Ordnung gebracht von Johann Christian Luwig. Leipzig: Johann Friedrich Gleditschens seel. Sohn, 1724.

ENTSCHLIESSUNGEN DER ARBEITSKREISE DES 1. DEUTSCHEN FAMILIENGERICHTSTAGES: Brühl - 7. 10. 1978.
In: FamRZ 78, 845 ff.

ENTWURF EINES ZWEITEN GESETZES ZUR REFORM DES EHE- UND FAMILIENRECHTS (2. EHERG), Entwurf des Bundesministeriums der Justiz, Stand: 29. Januar 1982.

LUTHER, Martin: Von Ehesachen, 1530. In: Martin Luthers Werke. Kritische Gesamtausgabe. 30. Band, Dritte Abteilung. Weimar: Hermann Böhlaus Nachfolger, 1910.

MUGDAN, Benno: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 4 (Familienrecht). Berlin: v. Decker, 1899.

PROJECT DES CORPORIS JURIS FRIEDERICIANI, das ist Sr. Königl. Majestät in Preussen in der Vernunft und Landes-Verfassungen gegründete Land=Recht. (Verf.: Samuel Fhr. v. Cocceji). Halle: Verlag des Waisenhauses, 1749.

REFERENTENENTWURF EINES GESETZES ZUR NEUGLIEDERUNG DER ORDENTLICHEN GERICHTSBARKEIT (1. Justizreformgesetz)

RICHTER, Emil Ludwig: Die evangelischen Kirchenordnungen des sechszehnten Jahrhunderts.
Bd. 2. Nachdruck der Ausgabe Weimar, 1846.
Nieuwkoop: de Graat, 1967.

STATISTISCHES JAHRBUCH 1983 für die Bundesrepublik Deutschland. Herausgeber: Statistisches Bundesamt. Stuttgart, Mainz: Kohlhammer, 1983.

WIRTSCHAFT UND STATISTIK, Jahrgang 1977. Herausgeber: Statistisches Bundesamt Wiesbaden.
Stuttgart, Mainz: Kohlhammer, 1977.



Lebenslauf

Am 8. 1. 1950 wurde ich in Ravensburg als Tochter des kaufmännischen Angestellten Hermann Rasch und seiner Ehefrau Helga, geb. Altes geboren.

Ostern 1956 wurde ich in Ravensburg einschult. Nachdem ich im Frühsommer 1968 das Abitur am Mädchen-Gymnasium Ravensburg bestanden hatte, begann ich zum Wintersemester 1968/69 mit dem Jura-Studium an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen. Nach 4 Semestern kam ich an die Freie Universität Berlin und absolvierte im Oktober 1974 die erste juristische Staatsprüfung. Ende 1975 begann ich mit der Referendarausbildung in Berlin und bestand am 22. 2. 1978 die zweite juristische Staatsprüfung. Danach arbeitete ich bis 1981 als Rechtsanwältin in Berlin.





